

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MELINA FAUCZ KLETEMBERG

A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE
DEMANDAS REPETITIVAS

CURITIBA
2019

MELINA FAUCZ KLETEMBERG

A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE
DEMANDAS REPETITIVAS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no curso de Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Elton Venturi

CURITIBA
2019

K64r

Kletemberg, Melina Faucz

A representação adequada no incidente de
resolução de demandas repetitivas / Melina Faucz
Kletemberg; orientador: Elton Venturi. – Curitiba, 2019.
199 p.

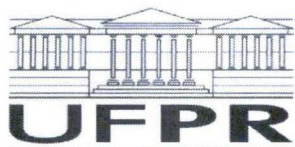
Bibliografia: p. 186-199.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Processo civil. 2. Ação coletiva. 3. Devido
processo legal. I. Venturi, Elton. II. Título.

CDU 347.91

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626




MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **MELINA FAUCZ KLETEMBERG** intitulada: **A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**, após terem inquirido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO - Conceito A no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 22 de Março de 2019.


ELTON VENTURI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)


SÉRGIO CRUZ ARENHART
Avaliador Interno (UFPR)


DANIEL MITIDIERO

Avaliador Externo (UFRGS)





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº34

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO


No dia vinte e dois de março de dois mil e dezenove às 17:00 horas, na sala De Defesas - 317, Praça Santos Andrade, 50 - Centro - PPGD - UFPR, foram instalados os trabalhos de arguição da mestranda **MELINA FAUCZ KLETEMBERG** para a Defesa Pública de sua dissertação intitulada **A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: ELTON VENTURI (UFPR), SERGIO CRUZ ARENHART (UFPR), DANIEL MITIDIERO (UFRGS). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra a discente, para que a mesma expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. A aluna respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela APROVAÇÃO - Grande A da aluna. A mestranda foi convidada a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, ELTON VENTURI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 22 de Março de 2019.


ELTON VENTURI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)


SERGIO CRUZ ARENHART
Avaliador Interno (UFPR)


DANIEL MITIDIERO
Avaliador Externo (UFRGS)



AGRADECIMENTOS

Terminada esta jornada, depois de dois anos intensamente vividos na Universidade Federal do Paraná, a sensação é de pura gratidão e saudades. Há pouco estava me preparando para o teste seletivo dessa respeitosa instituição, ao lado de vários colegas, hoje amigos, imbuída do sonho de poder colher dos conhecimentos dos brilhantes professores da casa. Trilhado este caminho, despeço-me com a certeza de que não teria conseguido sem o apoio e a paciência de professores, amigos e familiares. Assim, não poderia deixar de dedicar a eles os meus mais sinceros agradecimentos.

Ao meu orientador, Elton Venturi, que logo no início já me recebeu com grande gentileza e acreditou em minha pesquisa, agradeço por toda a atenção que sempre dedicou a mim, pelos debates, provocações e sugestões, bem como pelas aulas ministradas ao longo do curso, que muito contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho e só fizeram aumentar minha admiração pessoal e acadêmica.

Ao professor Sérgio Cruz Arenhart, quem primeiro me fez o convite a participar deste Programa de Pós-Graduação e me acolheu tão ternamente nesta instituição. Agradeço por todo o conhecimento generosamente compartilhado em aulas e reuniões, pela oportunidade de ter participado do Núcleo de Pesquisa de Direito Processual Comparado, pelos livros e textos emprestados, pelo auxílio na publicação de artigos e por fomentar muitas das idéias desenvolvidas neste trabalho. A ele dedico toda minha admiração por seus conhecimentos e pela disponibilidade em compartilhá-los com seus alunos.

Ao professor Luiz Guilherme Marinoni, expoente no Direito Processual Civil brasileiro, agradeço pelo brilhantismo dos conhecimentos compartilhados nas aulas e que em muito contribuíram para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos professores Celso Luiz Ludwig, Fabrício Ricardo Tomio, Sérgio Said Staut Jr. e Ilton Norberto Robl Filho, cujas disciplinas me aguçaram para a investigação de novos horizontes do conhecimento humano.

Aos queridos amigos de Processo Civil e do Programa de Pós-Graduação, com quem tanto aprendi e pude compartilhar minhas idéias e angústias, Amanda Gonçalves Benvenuti, Alberto Oliveira, Camille Costa, Daniela Peretti D'Avila, Frederico Gomes, Guilherme Correa, Isabella Macedo, Lais Bergstein, Marcela Ferraro, Maria Francisco Miranda Coutinho, Maurício

Doutor, Paula Pessoa, Ramon Ouais, Ricardo Alexandre da Silva, Ricardo Menezes, Rogéria Dotti, Ronaldo Mion, Shalom Baltazar e Willian Pugliese.

Meu especial agradecimento aos queridos amigos Fernanda Fujiwara, Jordão Violin, Thaís Lunardi e Anissara Toscan, por compartilharem livros e textos, ouvir atenciosamente minhas idéias e fazer sugestões, além de me fornecer apoio e conforto nos momentos de incerteza.

Também de maneira muito especial, agradeço ao amigo Paulo Manzini, o qual generosamente me ajudou com sugestões de textos e empréstimo de materiais de estudos desde os preparativos para o ingresso no Programa de Pós-Graduação, além de me auxiliar na escolha do tema e na realização do projeto de pesquisa. Obrigada por todo o apoio a mim fornecido ao longo deste curso e pela disposição em ouvir minhas idéias e por contribuir com outras.

Ao falar de amizade, não poderia também deixar de agradecer a uma querida amiga e companheira desta jornada, Tani Mara Wurster. Ao incentivá-la a enfrentar este desafio comigo, mal sabia eu que sua companhia seria imprescindível para trilhar este caminho até o fim. Companheira de angústias, mas também de muitas alegrias e estudos, sua doce amizade tornou tudo mais fácil e agradável.

Às amigas da graduação e da vida, Micheli Goldin de Castro, Natasha Motta Ribeiro Carraro Bernal, Patrícia Elache Gonçalves dos Reis, Thalita Giacomitti Andrich e Vanessa Pontarola Maito, pelo incentivo na conclusão deste trabalho.

Ao meu amado marido, Marcelo Piazzetta Antunes, por ter estado sempre ao meu lado, incentivando-me e apoiando-me em todos os momentos. Obrigada pelo companheirismo, pela paciência em ouvir minhas considerações, por debater minhas idéias e ajudar a consolidar muitas das diretrizes dadas a este trabalho, por revisá-lo e, sobretudo, por fazer meus dias mais felizes.

Aos meus pais, Denise Faucz Kletemberg e Carlos Alberto Kletemberg, pelo exemplo de vida, retidão e caráter, pelo eterno estímulo aos meus estudos e pelo amor incondicional que sempre me confortou nos momentos mais duros.

Às minhas querida irmãs, Heloísa Faucz Kletemberg e Anelise Faucz Kletemberg, aos meus avós, Yone Zanetti Faucz e Aluisio Fausto Faucz, aos meus sogros, Margareth de Fátima Piazzetta Antunes e Walmor Antunes Filho, e demais familiares pelo carinho e incentivo.

A todos os servidores da 4ª Vara Federal de Ponta Grossa e a Pepita Durski Tramontini, agradeço a compreensão de minhas atribuições com o mestrado, sempre procurando facilitar ao máximo meu trabalho, assim como os colegas Alessandra Anginski Cotoski, André Wasilewski Duszcak, Luciana Mayumi Sakuma, Antonio Cesar Bochenek, pelas substituições na jurisdição quando não pude estar presente e também pelo encorajamento à conclusão destes estudos.

A todas essas e a tantas outras pessoas que de alguma forma me auxiliaram, agradeço por terem permitido, com sua graciosidade, que eu chegasse até aqui e concluísse esta jornada.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo realizar uma abordagem crítica a respeito dos efeitos da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas perante as partes dos processos suspensos e sua compatibilidade com o princípio do devido processo legal por meio da participação, direta ou indireta, desses, encontrando formas de sua concretização.

O objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas é definido a partir de sua comparação com os mecanismos das ações coletivas que veiculam direitos individuais homogêneos, permitindo visualizar-se o alcance de cada um dos institutos. A partir da análise do Direito estrangeiro, questiona-se a natureza jurídica do incidente, e dessa conclusão parte-se para a definição de quem poderiam ser consideradas suas *partes*. Entendendo-se que, dentre essas, deva constar o representante dos ausentes atingidos pela decisão final, a representação é conceituada a partir dos conhecimentos da Ciência Política, bem como esta é apreciada em comparação ao Direito norte-americano.

A fim de buscar soluções para o problema da falta de representação adequada dos ausentes no incidente, são analisadas algumas sugestões apontadas pela doutrina e, ao final, colocada a perspectiva da autora a respeito do tema, oferecendo proposta acerca de quem seria esse representante e ainda os critérios para sua escolha.

PALAVRAS-CHAVE: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; devido processo legal; representação adequada.

ABSTRACT

The present dissertation intends to critically examine the effects of the decision of the Incident of Resolution of Repetitive Demands, with respect to the parties involved in the suspended proceedings, as well as its compatibility with the principle of due process of law, through direct or indirect participation of the parties, seeking means of substantiation. The object of the Incident of Resolution of Repetitive Demands is defined from the comparison with the mechanisms of collective actions, which convey individual homogeneous rights, allowing the visualization of each one of the institutes. Upon analyzing the foreign law this research questions the legal nature of the Incident, and thus seeks to determine which parties should be considered. Understanding that the parties should include the representative of the absentees affected by the final decision, the representation is conceived based on the knowledge of Political Science, as well as from the North American Law. Aiming at finding solutions to the problem of lack of adequate representation of absentees in the incident, several doctrinal suggestions are considered. At the end, our perspective on the subject is presented, offering a proposal of who would be a suitable representative, as well as the criteria for this choice.

KEY WORDS: Incident of Resolution of Repetitive Demands; due process of law; appropriate representation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....10

CAPÍTULO I. OBJETO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....15

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS AÇÕES COLETIVAS.....15

1.1.1 Natureza dos *direitos individuais homogêneos*.....17

1.1.2 Definição dos *direitos individuais homogêneos*.....20

1.2. DEMANDAS REPETITIVAS E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....26

1.3. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS OU AÇÃO COLETIVA?.....31

CAPÍTULO II. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: PROCESSO OBJETIVO OU SUBJETIVO?.....35

2.1. O PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO (*MUSTERVERFAHREN*).....36

2.1.1. *Musterverfahren* nos casos administrativos e previdenciários.....38

2.1.2. *Musterverfahren* para o mercado de capitais.....39

2.2. A NATUREZA JURÍDICA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....45

2.2.1. Incidente de resolução de demandas repetitivas como *causa-piloto*.....48

2.2.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas como *procedimento-modelo*.....51

2.2.3. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a natureza *mista* ou *híbrida*.....55

2.2.4. O tratamento jurisprudencial do tema e nossa perspectiva.....58

2.3. As Partes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.....64

CAPÍTULO III. REPRESENTAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO INDIRETA NO PROCESSO CIVIL.....77

3.1. A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO REPRESENTATIVO.....77

3.2. A COMPREENSÃO DE REPRESENTAÇÃO.....81

3.3. A CRISE DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E A REPRESENTAÇÃO
PROCESSUAL.....87

3.4. A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA.....93

**CAPÍTULO IV. A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO INCIDENTE DE
RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS.....106**

4.1. DO AMICUS CURIAE.....107

4.2. DOS LEGITIMADOS PARA AS AÇÕES COLETIVAS.....116

4.3. DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA ADEQUAÇÃO DA
REPRESENTAÇÃO.....125

**CAPÍTULO V. UMA NOVA VISÃO A RESPEITO DO REPRESENTANTE
ADEQUADO NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS.....137**

5.1. ENFIM, O REPRESENTANTE DAS PARTES AUSENTES.....137

5.2. INICIANDO A SELEÇÃO: PARÂMETROS PARA A ESCOLHA DE POUCOS
DENTRE MUITOS.....143

5.3. CRITÉRIOS PARA SELEÇÃO E AVALIAÇÃO DO REPRESENTANTE.....153

5.5. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE
DEMANDAS REPETITIVAS.....161

CONCLUSÃO.....169

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....186

INTRODUÇÃO

Há muito dois fantasmas assombram o Poder Judiciário: o grande volume de processos pendentes de apreciação nas diversas instâncias e a existência de decisões conflitantes acerca do mesmo tema.

As duas questões estão intimamente ligadas e decorrem tanto de acontecimentos históricos e sociais, como da cultura jurídica herdada e difundida em nosso meio.

Um fator influenciador deste exponencial crescimento do volume de processos decorreu de um fenômeno percebido no mundo todo: a massificação das relações sociais, marcada pela dinâmica consumista e pelo individualismo, ambos empregados pelo sistema capitalista¹.

O aumento demográfico dos grandes centros urbanos, aliado à expansão das relações comerciais internacionais e à facilitação proporcionada pela virtualização das contratações, proporcionou a proliferação de contratos e relações jurídicas idênticas nas sociedades modernas².

E nosso país não passou ao largo desses acontecimentos. O aumento da população e a alteração das relações comerciais foram aqui ainda acompanhados de melhora gradativa das condições de vida, da conscientização de direitos e do maior acesso ao Poder Judiciário, fruto do momento histórico de redemocratização por que passou³.

Contudo, a estrutura do antigo sistema judiciário não foi capaz de abarcar tamanhos avanços, levando, com o passar dos anos, à percepção de que o modelo processual ofertado pelo Código de Processo Civil da época (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), o qual fora elaborado precipuamente para a resolução de demandas individuais⁴, já não se mostrava capaz de fornecer solução eficiente para esta nova espécie de litígio⁵, a já denominada “litigiosidade em massa”⁶.

¹ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 31.

² Idem.

³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 3.

⁴ Como menciona Elton Venturi: “(...)já vem se constituindo ‘lugar comum’ a afirmação segundo a qual o processo civil clássico, idealizado para solucionar conflitos entre pessoas individualmente consideradas, não mais se presta a instrumentalizar a resolução em concreto da chamada **litigiosidade de massa**” (VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, nº 04, janeiro/abril de 1997. p. 17).

⁵ Vale a observação feita por Ovídio Araújo Baptista da Silva: “O jurista — por isso que não lhe é dado perquirir sobre o ‘porquê’ de suas dificuldades — não percebe que os instrumentos processuais, que se adaptaram com alguma eficiência enquanto lhes coube regular uma sociedade organicamente estruturada e otimista, estarão destinados ao fracasso quando lhes caiba disciplinar sociedades altamente complexas, como a sociedade

Assim, com o fim de fornecer novas balizas ao processo civil nacional, o Código de Processo Civil de 2015, dentre outras soluções, previu a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que, visando conferir isonomia, segurança jurídica e celeridade processual⁷, pretende conceder decisão uniforme a uma mesma questão de direito presente em diversas demandas repetidas.

O destaque do novo instituto é dado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, para o qual seria tal instituto capaz de “pacificar, no âmbito do estado ou da região, questões de direito que se repetem em múltiplos processos com a formação de precedente (julgado qualificado)” e que “balizará as atividades futuras da sociedade, das partes processuais, dos advogados, dos juízes e dos desembargadores”, além de reduzir o ajuizamento de novas ações, “tendo em vista ser fato notório que a ausência de critérios objetivos para a identificação de qual é a posição dos tribunais com relação a determinado tema incita a litigiosidade processual”^{8 9}.

Desse modo, mediante uma técnica de resolução de uma questão de direito comum a várias demandas, o incidente foi pensado para combater um segundo fator umbilicalmente relacionado ao excessivo volume de processos em tramitação: a proliferação de decisões conflitantes.

A preferência pelos litígios individuais em detrimento dos coletivos, em meio ao sistema do *civil law*, em que cada caso é solucionado isoladamente, sem uma diretriz jurisprudencial sólida, conduz à existência de decisões variadas a até mesmo antagônicas para casos similares.

contemporânea, pós-industrial, tangida pelos meios cibernéticos de comunicação social, além disso pluralista — condição, aliás, de possibilidade para um regime democrático — e carente de valores, consequentemente individualista e conflituosa.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 301).

⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: Fundamentos e Sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 330.

⁷ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 39.

⁸ Declaração feita na primeira decisão de acolhimento de pedido de suspensão da tramitação de processos em decorrência da admissão de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O caso trata da inclusão de aulas em simulador de direção veicular para a obtenção da carteira de habilitação. Acessível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73393118&num_registro=201700714281&data=20170623&tipo=0&formato=PDF> Acesso em: 07 de nov. de 2017.

⁹ A relevância dessa questão é igualmente sentida na leitura da exposição de motivos da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, a qual menciona a “multiplicação excessiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes” como pressupostos para a aplicação do instituto

A consequência é um ambiente de extrema instabilidade jurídica, marcado pelo sentimento de imprevisibilidade e descredibilidade no Poder Judiciário, além de ferir o princípio constitucional da *isonomia*, uma vez que sujeitos em mesma situação receberão repostas possivelmente divergentes¹⁰.

Como adverte Luis Guilherme Marinoni, o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” a que alude o artigo 976 do Código de Processo Civil consiste de uma “inevitável decorrência da repetição de processos em que se controverte uma mesma questão de direito”¹¹.

A pulverização e a multiplicação de demandas atomizadas causa, ainda, dois outros efeitos colaterais: o aumento de custos do Poder Judiciário e do tempo despendido para a resolução de cada demanda. A numerosidade demasiada de processos exige constantemente um incremento humano e material da máquina judiciária, onerando desnecessariamente o erário, e gerando uma natural morosidade no trâmite processual devido ao limite desses mesmos recursos¹².

Exatamente para contornar os problemas causados pela litigação individual excessiva, o legislador brasileiro desenvolveu diversos institutos com a finalidade de realizar a aglutinação de demandas ou de questões e, assim, viabilizar seu julgamento em conjunto.

Durante as décadas de 1980 e 1990, inovações legislativas surgiram, a fim de adequar o sistema judiciário às novas demandas. Exemplos destas inovações são a regulamentação da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985) e das técnicas implementadas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), introduzindo novas formas de ação coletiva, com o intuito de defesa dos direitos individuais homogêneos e, assim, fornecendo tratamento coletivo à reparação de danos pessoais.

Devido a uma série de dificuldades processuais e culturais em relação às ações coletivas¹³ e, em razão de uma opção política¹⁴, os idealizadores do Projeto de lei nº 166, de

¹⁰ Situação denominada por Eduardo Cambi como “jurisprudência lotérica”, pela qual um litigante dependerá da sorte de seu processo ser distribuído a determinado(a) juiz(a) que tenha entendimento favorável sobre o tema debatido e, assim, obtenha a tutela jurisdicional que pleiteia. Já outro litigante, que se encontre nas mesmas condições, poderá ter azar de sua demanda ser distribuída a outro(a) magistrado(a), com posicionamento contrário ao seu pedido, e não ver seu direito reconhecido. (CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*, *Revista dos Tribunais*, n. 786, p. 108-128, abr. 2001).

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63.

¹² CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 153.

¹³ Dentre elas, dificuldades no plano legislativo, estrutural e cultural, as quais serão tratadas no primeiro capítulo.

2010, optaram pela adoção de outras técnicas voltadas para essa espécie de ações, como o então Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

No entanto, ambos os meios de coletivização processual convivem em nosso sistema, possuindo mecanismos e consequências próprias e que devem ser sopesadas no momento de sua escolha.

Não obstante suas finalidades, o incidente recebeu diversas críticas por parte da doutrina sobre a forma como foi positivado¹⁵. Um dos pontos mais criticados foi a previsão legal impondo a adoção do resultado a todos os *casos repetitivos*¹⁶ — fossem individuais ou coletivos, pendentes ou futuros — independentemente do resultado (incluindo a improcedência)¹⁷, sem especificar com precisão quais seriam as partes que dele participariam, ou o controle da representação adequada dessas.

Nesta seara, vislumbra-se a possibilidade de haver afetação direta ao princípio do contraditório, visto atualmente não somente como o direito de ter ciência e poder responder aos pedidos da parte contrária, como tradicionalmente concebido, mas de apresentar suas teses e fundamentos ao magistrado e poder influir em seu convencimento^{18 19}. E é justamente à luz

¹⁴ Hugo Nigro Mazilli afirmou expressamente esta opção em palestra por ele proferida durante o “I Ciclo de Palestras sobre o novo Código de Processo Civil”, promovido pela Associação Paulista do Ministério Público, disponível em: <www.mazzilli.com.br/pages/informa/pro_col_CPC_15.pdf>. Acesso em: 23 de set. de 2016.

¹⁵ A título de exemplo: ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório. In: *RePro*. n. 240. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, fev. 2015; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica X precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁶ Nomenclatura utilizada pela Lei 13.105/2015, como se vê no artigo “928. Para fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (...)”.

¹⁷ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986 (...)”.

¹⁸ Sobre esta nova visão acerca do Princípio do Contraditório, versa Edilson Vitorelli: “A literatura da palavra ‘contraditório’ se tornou pequena para abarcar o que a garantia hoje representa. O conteúdo do princípio, tal como atualmente delimitado, pouco se relaciona com o sentido linguístico da palavra. Os autores, no intuito de conservar uma locução tradicional, perverteram seu significado. Aludir ao contraditório como garantia máxima do processo não sinaliza a compreensão que se pretende estabelecer, uma vez que, mais importante que contradizer, é a oportunidade de participar da construção de uma decisão justa, em conjunto com os demais atores processuais.” (VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 155-156).

desse contexto que a forma de participação das partes dos processos sobrestados no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, assim como o controle da adequação de sua representante será, portanto, o objeto principal deste trabalho.

Antes de nos debruçarmos sobre o cerne de nosso problema, no primeiro capítulo nos concentraremos no objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas a fim de distingui-lo das ações coletivas e do que se pode entender por direitos individuais homogêneos.

No segundo capítulo, realizaremos uma abordagem do direito comparado, mais precisamente do procedimento-modelo (*Musterverfahren*), no qual o Incidente foi expressamente inspirado²⁰, a fim de compreender sobre quais bases e parâmetros o novo instituto foi pensado pelo legislador nacional.

Após esta compreensão do incidente, passaremos a abordar o instituto da representação em si e a maneira como o controle da representação adequada é feito no direito comparado, mais propriamente no direito norte-americano, elementos que acreditamos necessários para a construção de parâmetros que possam ser utilizados no cenário nacional.

No quarto capítulo, analisaremos a possibilidade de controle judicial da representação adequada no Brasil, tendo como base as discussões travadas em meio às ações coletivas, e ponderaremos as principais hipóteses até então levantadas para a participação das partes dos processos sobrestados na formação da decisão do Incidente.

Por fim, no último capítulo, ofereceremos nossa visão acerca do tema, sugerindo métodos para a escolha dos processos que embasarão as discussões no Incidente, bem como do representante adequado das partes ausentes.

¹⁹ Sobre o tema, importante é a consideração de Mauro Cappelletti: “Se é verdade que democracia significa, antes de mais nada, participação e se é verdade que o fenômeno mais típico do processo é a existência de um procedimento destinado a assegurar às partes o direito de participar da formação do *judicium*, não se pode conceber como verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre esteja privada de informações e de representação, que se constituem em condições inarredáveis para sua participação. Um processo em que a parte esteja impossibilitada de participar efetivamente configura um atentado contra tudo aquilo que se tem de mais essencial no processo jurisdicional.” (CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 16-17).

²⁰ Esta observação vêm expressamente reconhecida na exposição de motivos da Lei 13.105/2015: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (...)” e, em nota de rodapé afirma: “No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (*Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente do mesmo autor nem do mesmo réu.”

CAPÍTULO I

OBJETO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inserido no ordenamento jurídico nacional pelo Código de Processo Civil de 2015²¹, visa solucionar uma questão de direito surgida em meio a processos repetitivos, formando uma *tese jurídica*²² que será obrigatoriamente aplicável a todos os casos semelhantes²³.

Somente por esta afirmação já se percebe a necessidade de se delimitar o que se entende por “questão de direito” e por “demandas repetitivas”, a fim de aferir o real objeto do referido Incidente e, assim, o alcance de sua técnica e posterior aplicação.

E, analisando seu objeto, conclui-se ser inevitável sua comparação com as ações coletivas, mais precisamente com os direitos individuais homogêneos, exigindo atenção a suas premissas a fim de distingui-los.

O presente capítulo pretende se debruçar sobre esses temas, entendendo-os imprescindíveis para a compreensão do novo instituto e posterior análise crítica de seu processamento.

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS AÇÕES COLETIVAS

As décadas de 1980 e 1990 trouxeram importantes inovações legislativas, como a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), ao lado da já existente lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29 de junho de 1965). Tais normas inseriram no cenário nacional uma nova forma de veiculação de demandas: as ações coletivas.

Por meio delas, tornou-se possível o ajuizamento de pretensões meta-individuais, as quais ultrapassam a individualidade e alcançam toda ou grande parte da coletividade, em uma

²¹ Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

²² A expressão é utilizada pelo artigo 985 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

²³ De acordo com o artigo 976 do Código de Processo Civil, “É cabível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando houver, simultaneamente: (...) I- efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”.

superação do paradigma ideológico liberal-individualista da modernidade²⁴, ligada, em termos processuais, às ações individuais como único meio de proteção e efetivação de direitos.

Embora recebam uma denominação comum de *direitos coletivos*, esses podem abranger situações jurídicas diversas, como nas quais o objeto litigioso é realmente transindividual e indivisível, com titulares indetermináveis ou indeterminados, ou com titulares pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe de pessoas (denominados *direitos difusos* e *coletivos*²⁵, respectivamente), assim como nas quais os interesses têm características individuais e assumem feição coletiva em decorrência do fato de haver pluralidade de envolvidos em situações semelhantes (*direitos individuais homogêneos*)²⁶.

Para o presente estudo, esses últimos parecem gerar maior preocupação, uma vez que sua nomenclatura pode levar à dúvida sobre poderem consistir em efetivas *demandas repetitivas* a serem tratadas igualmente pelo Incidente ora estudado.

²⁴ Sobre essa versa Elton Venturi: “De fato, a passagem da sociedade liberal para a sociedade solidária relacionou-se com a percepção de que a consecução do ideal libertário só pode ser realisticamente almejada sob uma *perspectiva coletiva*, uma vez que nenhum indivíduo pode ser considerado verdadeiramente livre se assim não for qualificado o grupo social no qual está inserido (...) A grande revolução paradigmática, ainda em andamento, diz respeito à *(re)descoberta do ser humano social como o verdadeiro sujeito de direito*, não se confundindo ou limitando a proteção estatal ao indivíduo(...)” (VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29-31). (Grifo do autor)

²⁵ “(...) na hipótese dos direitos difusos não é possível excluir quem quer que seja da titularidade desta pretensão, em virtude da existência de um *processo absolutamente inclusivo* decorrente de sua *essência extrapatrimonial* (como acima dito, relacionada com a *qualidade de vida*). Não se concentra a titularidade da pretensão indivisível em torno de agrupamentos sociais identificáveis como *classes* ou *categorias*, justamente porque sua origem é meramente circunstancial e fática, não derivando de relações formais entre os seus titulares, que, em última análise, devem ser concebidos como todos os indivíduos. Daí a nota da indeterminabilidade dos titulares das pretensões difusas (...) na hipótese dos direitos coletivos a existência de relações formais entre seus titulares, ligados não apenas por circunstâncias fáticas, mas por concretas relações jurídico-formais, torna possível a alusão à corporificação de grupos, classes ou categorias, em torno dos quais se concentram pretensões comuns e indivisíveis.” (VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53-55). (Grifo do autor)

²⁶ Nos termos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Para responder a tal indagação e traçar as diferenças entre os dois meios processuais, faz-se necessário a definição, a partir de elementos legislativos e doutrinários, do que se pode entender por *direitos individuais homogêneos*, o que será realizado nas linhas a seguir.

1.1.1 Natureza dos *direitos individuais homogêneos*

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) define os *direitos individuais homogêneos* como os “decorrentes de origem comum” (artigo 81, parágrafo único). A imprecisão da expressão *origem comum* torna inviável a interpretação puramente literal.

Poderia ser interpretada de uma maneira mais abrangente, como sendo a mesma origem normativa, como a responsabilidade objetiva, a contratual, a proteção ao meio ambiente, de maneira que praticamente todos os interesses poderiam ser reunidos, realizando-se uma espécie de regressão ao infinito para se chegar a uma fonte comum²⁷.

Por outro lado, em uma vertente muito restritiva, poderia ser considerada como indicativo de que os direitos devem ser absolutamente idênticos, o que tornaria a ação coletiva inviável, uma vez ser praticamente impossível que duas situações fáticas sejam absolutamente idênticas.

Há, ainda, autores que pretendem identificá-los com uma categoria de direitos materiais própria, distinta dos demais direitos subjetivos, enquanto outros entendem inexistir tal distinção, sendo eles apenas marcados por um tratamento processual diferenciado.

Os autores que observam a origem dos direitos individuais homogêneos no plano do direito substancial, ou o fazem por considerá-lo uma forma peculiar de direitos difusos e coletivos, ou por entenderem que esses interesses comportam uma relevância especial que enseja seu nascimento.

Para alguns doutrinadores, como Alcides Munhoz da Cunha²⁸, Rizzatto Nunes²⁹, Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr.³⁰, os direitos individuais homogêneos seriam uma

²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 135.

²⁸ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil, **Revista de processo**, São Paulo, n. 77. p. 224-235.

²⁹ NUNES, Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 91-92.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 71-75.

modalidade específica de interesses difusos e coletivos. Entendem tais direitos como interesses somados que objetivariam um mesmo bem indivisível, tornando-se divisíveis somente no momento da liquidação de sentença.

Porém, como adverte Sérgio Cruz Arenhart³¹, não há nada na lei que autorize essa conclusão pela indivisibilidade dos interesses em questão. A aventada confusão seria advinda da interpretação jurisprudencial de que o Ministério Público só teria legitimidade para pleitear os interesses que detivessem essa condição de *indisponibilidade* (ou de *relevância social*). Essa condição passou a ser relacionada com a própria natureza dos direitos individuais homogêneos, mesmo em relação a outros legitimados.

Ademais, tal indivisibilidade não é intrínseca ao bem jurídico substancial tutelado pela via da ação coletiva, não podendo ser utilizado como critério para sua caracterização³².

Por fim, o entendimento pode ser, ainda, rebatido pela constatação de que uma mesma situação fática possa afetar direitos difusos ou coletivos e individuais ao mesmo tempo. A identificação dos direitos será feita no momento da análise dos pedidos formulados na ação coletiva. Ora, tal situação evidencia que os direitos individuais homogêneos não são uma decorrência daqueles³³.

Outros autores buscam a definição de tais direitos em bases materiais em razão da sua proteção coletiva, a qual configuraria uma proteção extra em relação à via processual individual.

³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 135.

³² TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 47. No mesmo sentido, Elton Venturi menciona: “A verdadeira ligação entre tais categorias é de índole estritamente instrumental, e não substancial, visto que os direitos individuais homogêneos são considerados, apenas para fins de tutela jurisdicional coletiva, indivisíveis. De fato, perante o procedimento judicial da ação coletiva para tutelá-los (arts. 91 e ss. do CDC), e para fins da obtenção da chamada sentença condenatória genérica, prevista no art. 95 do CDC, há, por ficção legal, um *acidente de coletivismo* que torna a pretensão da obtenção da fixação da responsabilidade civil do infrator processualmente indivisível. A divisibilidade dos direitos individuais homogêneos será observada, com clareza, por ocasião das liquidações e execuções que se seguirão à condenação genérica, eis que, então, cada um dos titulares do direito subjetivo individual lesado deverá demonstrar o prejuízo pessoal e o nexo causal.” (VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 68).

³³ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 67.

Eduardo Talamini³⁴, por exemplo, sustenta a existência de direitos difusos entrelaçados aos direitos individuais, como de repressão a condutas ilícitas geradoras de lesões múltiplas, além da segurança jurídica, isonomia e previsibilidade, que passam a ser igualmente tutelados em conjunto por meio da ação coletiva. A sanção pecuniária com destinação da verba a um fundo teria viés repressivo e educativo.

Apesar da relevância das afirmações, entendemos que a condenação genérica e o encaminhamento dos recursos arrecadados aos fundos não tornam os direitos pleiteados em transindividuais, ou o objeto em indivisível, consistindo em apenas uma consequência legal quanto à não manifestação dos interessados em relação a seus direitos e, portanto, da técnica processual utilizada³⁵.

Assim, em que pesem os argumentos doutrinários expostos, parece-nos inexistir fundamento para a alegação de constituírem os direitos individuais homogêneos uma categoria de direitos substancialmente coletivos.

Um dos primeiros autores a realizar esta percepção foi Barbosa Moreira³⁶, que, ao estudar a natureza das relações substanciais conflituosas, propôs a classificação de direitos *essencialmente* ou *acidentalmente* coletivos. Os primeiros seriam os que apresentariam um número *indeterminado de sujeitos* e um *objeto indivisível*. Já os segundos seriam os quais permitiriam a identificação individual dos sujeitos e o objeto seria divisível. A *cindibilidade do objeto* e a *individualização dos sujeitos* consistiriam, portanto, em características próprias dos direitos individuais homogêneos.

Esta observação leva, conseqüentemente, à conclusão de que, consistindo nada mais do que direitos individuais, são apenas convenientemente tratados como coletivos por essa técnica processual, ou seja, seriam, como conceitua Sérgio Cruz Arenhart, “direitos individuais enfeixados para tratamento coletivo”³⁷. Não há, portanto, alteração de sua natureza, mas sim da tutela que o direito processual lhes atribui. E, como menciona o autor, sua definição “há de ser

³⁴ TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241, p. 337-358, mar.2015.

³⁵ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 49.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos ou difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, jul.1985, versão digital.

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 141.

buscada com base em critérios processuais, o que significa dizer que esses direitos estão associados, antes de tudo, à *forma de tutela jurisdicional especial* que lhes é dedicada”³⁸.

Em complemento a essa ideia, Elton Venturi³⁹ expõe que esse tratamento diferenciado dos direitos individuais encontra razão na reconhecida insatisfação do sistema de tutela singular, em função de diversos obstáculos (econômicos, sociais, políticos e técnicos) no acesso à justiça, tornando a via coletiva um meio para incentivar o conhecimento de causas que jamais ou dificilmente seriam sequer levadas à apreciação jurisdicional.

Na mesma linha, Kazuo Watanabe⁴⁰ afirma que os direitos individuais homogêneos seriam individuais em sua essência, recebendo apenas tutela coletiva. E Antonio Carlos Fontes Cintra⁴¹ menciona que essa categoria seria apenas mais um recurso processual, ao lado de tantos outros, com a finalidade de garantir maior coerência entre as decisões, maior acesso à Justiça e economia processual.

Desse modo, na linha da posição de Teori Zavascki⁴², entendemos existir distinção entre a *defesa de direitos coletivos* e a *defesa coletiva de direitos*, consistindo os direitos individuais homogêneos em verdadeiros direitos individuais pleiteados de forma coletiva⁴³.

Há, assim, necessidade de se analisar sob quais circunstâncias essa forma de tutela pode ser conferida a direitos individuais. Diante da indeterminação do termo *origem comum* empregado pelo legislador, surgiram diversos critérios para essa escolha, o que se verá a seguir.

1.1.2 Definição dos *direitos individuais homogêneos*

³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.142.

³⁹ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 64-69.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 81.

⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais, **Revista de Direito Consumidor**, v. 72, out/dez 2009. p. 14.

⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 32, n. 127, jul/set. 1995, p. 84.

⁴³ No mesmo sentido, versa Elton Venturi: “Em resumo, é imprescindível que se esclareça, quando da análise do novo modelo de proteção dos direitos individuais homogêneos erigido pelo Código de Defesa do Consumidor, que não se trata propriamente de tutela de direitos coletivos, senão de tutela coletiva de direitos individuais, excepcionalmente concebida pelo sistema processual para incentivar a justiçaabilidade de tais pretensões, que, não fosse a via coletiva, jamais ou dificilmente seriam sequer levadas à apreciação jurisdicional.” (VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 68-69).

O primeiro critério que se pode apontar, defendido por Ada Pellegrini Grinover⁴⁴, com inspiração no direito norte-americano⁴⁵, refere-se à *preponderância* das questões comuns sobre as individuais. Por meio desse, avalia-se a utilidade da via coletiva em relação à individual, seja para a resolução dos casos singulares, seja para a economia de recursos judiciários (materiais e pessoais) e celeridade processual. Assim, havendo questões comuns envolvendo vários litígios similares, sua reunião para prolação de uma decisão única provavelmente mostrar-se-á mais racional. Restará para as ações individuais solucionar apenas as questões particulares dos envolvidos, normalmente ligadas ao nexo causal e à extensão do dano sofrido.

Outro critério utilizado para a caracterização dos direitos individuais coletivos, inclusive pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, refere-se à exigência de uma certa *quantidade* de pessoas envolvidas nos conflitos. Igualmente com inspiração no direito norte-americano⁴⁷, essa posição jurisprudencial visualiza a possibilidade de um meio coletivo quando a quantidade de sujeitos for de tal maneira numerosa que chegue a impossibilitar a formação de litisconsórcio para a reunião de suas respectivas pretensões.

O referido critério parece, contudo, contrastar com o primeiro, na medida em que exige certo volume de pessoas atingidas para permitir a utilização da ação coletiva, enquanto para o critério da *preponderância* essa grande quantidade de pretensões individuais poderia inviabilizá-la, justamente por conter uma grande quantidade de questões peculiares e, assim, retirar a vantagem de sua reunião para um julgamento único⁴⁸.

Um terceiro critério aceito para a configuração de direitos individuais homogêneos, e que poderia contribuir para esse impasse, consiste na *viabilidade de acesso à justiça*⁴⁹, ou seja, avalia se a utilização da via coletiva permitirá maior facilidade de acesso de certas pretensões no Poder Judiciário. Trata, portanto, de hipóteses em que de outro modo (por meio de ações individuais) os interesses não chegariam ao conhecimento da Justiça, seja pela peculiaridade de

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, jan./mar. 2001.

⁴⁵ Relacionado, ainda, com a exigência de que, somado à preponderância, reste demonstrado que a ação coletiva é a melhor forma de resolver a questão. Critério previsto na Regra 23, (b) (3) das *Federal Rules of Civil Procedure*.

⁴⁶ STJ, 1ª T. Resp 417.804/PR, rel. Min. Teori Zavascki, DJU 16.05.2005, p. 230.

⁴⁷ Precisamente no requisito da *numerosidade* para viabilizar a *class action*, previsto na Regra 23, (a) (1) das *Federal Rules of Civil Procedure*.

⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 146.

⁴⁹ Critério utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça: STJ, 2ª T, rel. Min. Herman Benjamin. DJe 04.11.2009; STJ, 3ª T. Resp 910.192/MG, rel. Min. Nacy Andrighi. DJe 24.02.2010.

consistirem em demandas de pequena monta financeira (quando os custos da via individual seriam maiores que os ganhos), seja pela fragilidade do grupo de sujeitos envolvidos, dispersos no território nacional ou com pouca informação.

O quarto critério que se poderia mencionar é o da *homogeneidade da tutela*. Tal critério parte da avaliação da homogeneidade da tutela para a conceituação dos direitos individuais como homogêneos. Ou seja, analisa as situações concretas que poderiam ser veiculadas de forma conjunta para, então, conceituar os direitos como homogêneos. Desta maneira, os próprios interesses individuais em jogo exigiriam um tratamento jurisdicional uniforme.

Como exemplo de sua adoção, podemos mencionar Luiz Paulo da Silva Araújo Filho⁵⁰, para quem a homogeneidade dos direitos seria encontrada justamente no tratamento uniforme empreendido pela decisão coletiva, e Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr.⁵¹, para os quais os direitos individuais homogêneos seriam justamente os marcados pela possibilidade de ajuizamento coletivo.

Essa vertente aplica, portanto, o raciocínio inverso da instrumentalidade da tutela coletiva, ou seja, utiliza o critério da possibilidade do julgamento em conjunto para caracterizar os direitos individuais homogêneos.

Todavia, alguns autores conjugam alguns dos critérios expostos com outros elementos. Sofia Temer⁵² afirma que a identificação dos direitos individuais como homogêneos seria a “possibilidade de seu agrupamento para tutela conjunta”, que, por sua vez, estaria condicionada à existência de uma *origem comum* entre eles, somada à *preponderância de questões homogêneas*.

Embora admita que a origem comum possa estar relacionada a uma mesma questão tanto de fato, quanto de direito, restringe a aplicação das ações coletivas a situações em que haja uma *preponderância de elementos homogêneos* entre as demandas, ou seja, a uma proximidade dos conflitos subjetivos em análise.

⁵⁰ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** — parte processual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 62-63.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 74-75.

⁵² TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 55-57.

Já Sérgio Cruz Arenhart⁵³ defende a utilização de um critério de “utilidade da proteção coletiva para o Estado” visando racionalizar os recursos jurisdicionais, subdividindo-o em três requisitos: a) a inviabilidade da formação do litisconsórcio em demanda comum; b) a presença de afinidade de questões; e c) a existência de utilidade predominante para as partes e para o judiciário no tratamento coletivo dos interesses individuais.

Para o autor, a reunião de diversos interesses individuais em uma única ação somente seria possível na oportunidade em que a participação direta de cada um de seus titulares se tornasse inviável, uma vez que a substituição processual seria exceção em nossa tradição jurídica. E esta dificuldade na formação do litisconsórcio poderia ser gerada por outros fatores além da quantidade elevada de sujeitos, como a dispersão desses pelo território nacional, tornando problemática sua reunião e participação pessoal na ação; e a eventualidade de não se ter noção exata do tamanho ou de quais seriam os integrantes do grupo, barrando igualmente seu agrupamento.

Na segunda exigência, quanto à *afinidade de questões*, o autor desenvolve peculiar raciocínio que será muito importante para o desenvolvimento deste trabalho. Não há dúvida de que, para a união de diversos interesses individuais em uma única demanda, faz-se necessário que eles possuam algo (questões) em comum. Para a formação do litisconsórcio, o Código de Processo Civil ⁵⁴ estabelece várias hipóteses de vínculo entre os sujeitos, dos mais próximos aos mais tênues, como a simples existência de afinidade de questões entre suas pretensões, pela existência de um ponto comum de fato ou de direito.

Assim, o próprio Código de Processo Civil estabeleceria que, para a reunião de pretensões individuais em uma única ação, bastaria a existência de um “ponto de fato ou de direito” controvertido entre elas, não havendo razão para a não aplicação da mesma lógica para as ações coletivas. O autor ressalta que não seria necessário que houvesse conexão entre as

⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 153-161.

⁵⁴ Lei 13.105, de 16 de março de 2015:

“Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;

III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

§ 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

§ 2º O requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomeçará da intimação da decisão que o solucionar.

demandas, tampouco seria exigido que se tivesse uma única causa de pedir ou um padrão de conduta”.

Lembra que a definição de *ponto*, em processo civil, seria um conceito técnico relacionado a um *argumento* (de fato ou de direito) utilizado para o acolhimento de certa pretensão. E, com fundamento nos ensinamentos de Carnelutti, defende que *questão* consistiria justamente na “afirmação controvertida no processo”, chegando à conclusão de que *ponto, de fato ou de direito*, seria a *questão* controvertida e que deveria ser resolvida para se chegar à decisão final da causa.

Salienta que a doutrina nacional não exige que as causas envolvam um único fato controvertido, bastando a presença de um ou alguns *atos iguais* ou *semelhantes*. Assim, não vê impossibilidade para que ocorra a reunião de demandas quando houver entre elas uma *questão de direito semelhante*, mesmo que não sejam idênticas. Aplicado esse pensamento às ações coletivas, observa ser precisa a orientação doutrinária brasileira de que o reconhecimento da *origem comum* para a caracterização dos direitos individuais homogêneos não exigiria unidade *factual e temporal* entre eles, ou seja, que tenham ocorrido nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar.

Assim, a interpretação literal e restritiva do termo *origem comum*, impondo que os direitos surgissem de um único evento ou de uma única relação jurídica, tanto esbarraria no entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro — que há muito já faria alusão à simples necessidade de uma *origem remota*, com a existência de somente alguns elementos de fato ou de direito que provocassem a reunião das causas — como não encontraria lógica na exigência de uma única causa de pedir para a ação coletiva e não para a formação de litisconsórcio, uma vez que ambos os mecanismos processuais possuiriam a mesma finalidade de agrupar demandas para uma solução conjunta. E, por fim, contrariaria a finalidade de economia de recursos jurisdicionais ao impedir essa reunião de pretensões.

O requisito da *utilidade da tutela coletiva para as partes e para o judiciário*, por sua vez, exigiria que a aglutinação de pretensões individuais trouxesse uma vantagem para a prestação do serviço público “justiça”, sopesando-se os custos, as dificuldades e os benefícios desse tratamento coletivo. Ademais, esta técnica processual deve ser vantajosa para as partes, como para a produção de uma prova complexa, ou nos casos em que os ganhos eventualmente

obtidos com a causa individual seriam absorvidos pelos custos do processo, podendo, em via coletiva, ser diluídos entre os interessados.

De todo o exposto, percebemos que o autor, ao aplicar o conceito de *origem comum* para abranger todas as situações em que haja *afinidade de questões e utilidade predominante* no tratamento coletivo, e definindo essa *afinidade* como a existência de uma *questão, de direito ou de fato, semelhantes*, aplica uma visão elástica dos direitos individuais homogêneos e, assim, permite uma ampliação do campo de abrangência da tutela coletiva.

Esse pensamento encontra consonância com o entendimento de Elton Venturi⁵⁵, para quem a restrição da homogeneidade dos direitos individuais aos decorrentes de uma *origem comum qualificada*, “tão próxima a ponto de torná-los idênticos ou quase-idênticos quanto às questões fáticas e jurídicas envolvendo os titulares e o infrator”, representaria verdadeira interpretação *contra legem*, criando obstáculos inaceitáveis às ações coletivas, não admitidos por nosso ordenamento jurídico.

Assim, menciona o autor que não seria relevante o fato de que, dentre os lesados de um evento comum, como o aumento inconstitucional de um imposto, “reúnam-se vítimas que, para além da remota origem comum, ainda ostentem heterogêneas causas de pedir próximas”, uma vez que poderão alegar e produzir provas quanto a esses fatos particulares no âmbito do procedimento de liquidação.

Das linhas acima, percebemos que o autor não interpreta a homogeneidade dos direitos individuais como uma exigência de *identidade* de demandas, mas apenas de algumas questões, sendo contra a imposição de condições *qualitativas* ou *quantitativas*, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, de maneira a limitar as hipóteses de sua caracterização e, assim, do consequente acesso à via coletiva.

Concordamos, portanto, com o pensamento de Sérgio Cruz Arenhart e Elton Venturi, entendendo que os direitos individuais homogêneos serão identificados nas hipóteses em que se possa verificar a existência de uma *questão, de direito ou de fato*, semelhante entre as pretensões dos diversos sujeitos envolvidos, indicando que sua reunião para uma solução conjunta vai proporcionar economia e celeridade processual, além de segurança jurídica, ao evitar a prolação de decisões conflitantes.

⁵⁵ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 71-73.

1.2. DEMANDAS REPETITIVAS E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Definidas as hipóteses em que se vislumbraria a existência de direitos individuais homogêneos, resta definir o que se poderia entender por *demandas repetitivas* e se haveria alguma distinção entre essas.

Primeiramente cabe ressaltar que, embora a nomenclatura do Incidente utilize a expressão *demandas repetitivas*, da própria redação do texto legal⁵⁶ afere-se que, em verdade, esse mecanismo busca a solução de *questões unicamente de direito*⁵⁷ que se repetem em diversas ações, sejam elas *idênticas* ou não. Ou seja, contenham causas de pedir e pedido similares ou não.

Há de se ter grande cuidado para que a referida expressão não gere interpretações equivocadas quanto aos limites de abrangência do instituto. Como dito, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não visa exatamente o julgamento de *demandas* propriamente ditas, aí compreendendo seu mérito com todas as particularidades de cada caso. Embora haja dúvida em relação ao julgamento conjunto, pela decisão que resolve o incidente, da causa em si que ensejou a sua formação (tema que será tratado no próximo capítulo), é indubitável que as ações sobrestadas não terão seu mérito julgado pelo Incidente, como a nomenclatura *demandas repetitivas* poderia sugerir, até porque, dessa maneira, o mecanismo do novo instituto seria inútil⁵⁸.

⁵⁶ Lei 13.105, de 16 de março de 2015:

“Art. 976. É cabível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; (...)” (Grifo nosso)

⁵⁷ Antonio do Passo Cabral critica esta escolha legislativa: “Primeiramente, e sobretudo, porque é muito tênue e nunca ficou clara, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a repartição estanque entre *quaestiones facti* e *quaestiones iuris*. Por outro lado, talvez o legislador tenha pensado mais na Justiça Federal, onde de fato as questões comuns são frequentemente de direito. Entretanto, na Justiça Estadual e também na Justiça do Trabalho, onde o incidente é aplicável por força do art. 15 do novo CPC, muitas questões comuns são fáticas. Pensemos em causas consumeristas, em que a questão comum é definir se um produto ou serviço é defeituoso, disponibilizado ao consumidor com erros na sua produção, acondicionamento etc., ou se uma construção foi vendida com vícios estruturais decorrentes de falhas no projeto ou na execução da obra, prejudicando dezenas, centenas de pessoas; ou se uma atividade laboral é insalubre; ou se as condições de trabalho de uma fábrica importam em riscos aos trabalhadores e por aí em diante.” (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. . rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1440).

⁵⁸ Como ensina Luiz Guilherme Marinoni: “O incidente propõe-se a julgar uma ‘questão’ e não propriamente as demandas repetitivas. Isso tem grande importância, pois as demandas repetitivas, embora dependam do julgamento de uma mesma questão, certamente podem exigir a consideração de outras circunstâncias, que podem variar

Ademais, o termo *repetitivas* também merece a devida cautela. Sua interpretação literal poderia sugerir que as ações que poderiam ser atingidas pelo instituto necessariamente deveriam conter *pretensões homogêneas*⁵⁹, ou seja, com causa de pedir e pedido similares⁶⁰. Todavia, não há fundamento algum para tal restrição, já que, para o cabimento do incidente, bastaria a repetição de uma mesma *questão de direito*, material ou processual, controversa nos diversos casos.

O que sobressai dessa observação, então, é que o incidente poderá compreender tanto as *pretensões homogêneas*, tradicionalmente conhecidas como *demandas de massa*⁶¹, como igualmente as *pretensões heterogêneas*, fundadas em direitos materiais completamente díspares, mas que contenham uma mesma *questão de direito* em comum⁶².

Assim, embora inicialmente o instituto tenha sido pensado para a resolução de causas quase idênticas, geralmente formadas pela mesma figura no polo passivo ou por pessoa

conforme cada uma das ações individuais” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51).

⁵⁹ Sobre o tema, Antonio Adonias Aguiar Bastos defendeu, em artigo datado do ano de 2010, que as *demandas repetitivas* seriam fundadas em *situações jurídicas homogêneas*, conceituando-as da seguinte maneira: “Cuida-se de demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar. Cuida-se de questões afins, cujos liames jurídicos materiais concretos são similares, entre si, embora não consistam num só e mesmo vínculo (...) Não lhes é comum o objeto, nem a causa de pedir (...) As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta. Em que pese sejam contratos semelhantes (até porque podem consistir em inúmeros contratos por adesão contendo obrigações análogas), não se trata do mesmo contrato, isto é, de um só vínculo. A identidade está em determinada relação-modelo. Do ponto de vista de cada relação concreta, comparando-a com as outras do mesmo tipo, não há mais do que mera afinidade.” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *Situações Jurídicas Homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 186/2010, ago. 2010, p. 87-107).

⁶⁰ Alexandre de Freitas Câmara conceitua demandas repetitivas como “aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário. Diz-se que elas são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes.” (CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 484).

⁶¹ A expressão é também utilizada por Antonio Adonias Aguiar: “Contudo, as demandas repetitivas não se configuram somente pela similitude das causas de pedir e dos pedidos vertidos em diversos processos. Além da conformação da causa-padrão pelos seus elementos objetivos, o processamento diferenciado das demandas homogêneas também pressupõe sua massificação, de modo que elas sejam apresentadas em larga escala ao Judiciário.” (Grifo nosso.) (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *Situações Jurídicas Homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 186/2010, ago. 2010, p. 87-107).

⁶² Marcos de Araújo Cavalcanti faz essa ressalva: “Na verdade, a similitude de causas de pedir e pedidos não é fator determinante para a caracterização de um processo como repetitivo. Esses processos identificam-se no plano abstrato por discutirem, repetitivamente, *questões jurídicas de origem comum e homogêneas*, que podem surgir ainda que não exista qualquer similaridade entre os elementos das demandas. *Desse modo, a homogeneidade refere-se apenas às questões jurídicas e não propriamente ao direito material deduzido em juízo.*” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 199).

jurídica concorrente em ramos de mercado padronizados e mais restritos (como as de telefonia privadas e instituições bancárias), em que se questionam os mesmos contratos ou atos abusivos, alterando-se somente o polo ativo (frequentemente ocupado por pessoas físicas)⁶³, o fato é que sua configuração final acabou por permitir uma aplicação de seu procedimento a causas com os mais diferentes fundamentos e pedidos.

Portanto, como menciona Marcos de Araújo Cavalcanti⁶⁴, a denominação correta do instituto seria “incidente de resolução de *questões repetitivas*”, a fim de ressaltar a exigência de que as *questões de direito, material ou processual*, é que devam ser repetidas nas diversas ações alcançadas, e não as *demandas* propriamente ditas.

Consistindo, portanto, em um procedimento voltado para a reunião de ações a fim de solucionar uma *questão de direito*, material ou processual, controvertida e comum a todas elas, não se visualiza uma relevante distinção entre o *objeto de apreciação* do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e das ações coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos, a não ser pelo fato de essas poderem compreender *questões de fato*.

Como visto linhas acima, após as considerações doutrinárias feitas, chegamos à conclusão de que os direitos individuais homogêneos seriam identificados nas hipóteses em que o agrupamento de pretensões contendo uma mesma *questão, de fato ou de direito*, controversa, com a prolação de uma decisão única, mostrar-se-ia mais vantajoso, proporcionando maior economia e celeridade processual e isonomia entre os julgados.

Assim, ao incorporarmos um conceito mais abrangente de direitos individuais homogêneos, admitindo que possam existir para solução conjunta de uma *mesma questão*, inclusive *de direito*, surgida a partir de vários casos dessemelhantes, apenas em razão da utilidade da prolação de uma única decisão, acabamos por também admitir que seu o objeto, nestes casos, coincida com o do incidente.

⁶³ Sofia Temer tece essa observação: “Contudo, é possível afirmar que o IRDR tenha sido pensado para tutela preponderantemente [para?] as situações em que as pretensões são isomórficas, ou seja, em que as causas de pedir e pedido são similares, porque decorrentes de relações substanciais análogas. É possível afirmar que o IRDR se destinará preponderantemente para tutelar questões de direito material, o que fará com que, na maioria dos casos, se esteja tutelando direitos que poderiam ser classificados como direitos individuais homogêneos. Não obstante, por haver situações que não se enquadram como tal, optamos por não empregá-lo”. (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 62. Nota de roda-pé n. 112).

⁶⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 202.

O ponto crucial para essa coincidência não está, portanto, na definição do campo de abrangência do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, mas sim no dos direitos individuais homogêneos. Ponto sobre o qual, aliás, diverge boa parte da doutrina.

Sofia Temer⁶⁵, por exemplo, restringe o conceito dos direitos individuais homogêneos, entendendo-os identificáveis somente nas hipóteses em que preencham os requisitos de *origem comum* e *preponderância de questões homogêneas* em relação às particulares. E essa *homogeneidade* entre as pretensões deveria ser tamanha que restariam abrangidas somente as hipóteses de “demandas relativas a pretensões isomórficas, em que as relações substanciais sejam análogas e sejam repetidas as causas de pedir e pedido”⁶⁶. Retira, portanto, do âmbito desses direitos as hipóteses em que há apenas um “ponto marginal em comum entre as demandas”, as quais somente poderiam ser tratadas por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas⁶⁷. Esclarece que o seu propósito com tal delimitação seria resguardar o sistema de resolução de demandas repetitivas, separando seus campos de atuação⁶⁸.

Entendemos, contudo, que a preocupação da autora não se justifica, uma vez que a coexistência desses meios processuais não trará prejuízos às suas implementações, até mesmo porque possuem sistemáticas e consequências completamente díspares, cabendo a escolha de um ou de outro, de acordo com a conveniência dos casos que se apresentam. Ademais, o *microsistema das ações coletivas*⁶⁹ está positivado há muitos anos e sua aplicação não pode ser

⁶⁵ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 62.

⁶⁶ Esse também parece ser o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso: “(...) O IRDR não configura *ação coletiva* desenvolvida em paralelo às demandas individuais envolvendo uma dada questão de direito, até porque não coincidem perfeitamente os *tria eadem* — partes/pedido/causa. Além disso, esse procedimento não resulta na instauração de uma mera *relação processual* que tenha por objeto uma *lide* propriamente dita, porque não é a controvérsia judicializada massivamente que resulta decidida, mas sim uma *tese jurídica* enquanto padrão decisório, é que fica ao final assentada; nem tampouco aí se configura um *incidente de coletivização*, como demonstrado *supra* (cap. VII. 3. B). Antes e superiormente, o IRDR é de ser visto como um *instrumento de coalização de demandas isomórficas* (...)” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: RT, 2016. p. 162-163).

⁶⁷ Em outras palavras: “Assim, não parece possível equiparar os direitos individuais homogêneos com as ‘questões de direito’ veiculadas nas demandas repetitivas, mesmo que se entenda que a ‘origem comum’ (art. 81, III, do CPC) seja exclusivamente um ‘ponto comum de direito’. Naquele caso se exige uniformidade de demandas, e neste, apenas de *questões*. Em conclusão: as ‘demandas’ repetitivas, para o nosso direito positivo, são processos que contêm *questões jurídicas homogêneas*. Não há a exigência de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 63).

⁶⁸ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 59.

⁶⁹ O termo é utilizado por Andre Vasconcelos Roque (ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: JusPodivm, 2015. p. 562). Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. utilizam a expressão “microsistema processual coletivo.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 47).

limitada a fim de preservar uma nova forma de tutela que a sucedeu. Voltaremos a tratar desse assunto logo a seguir.

Outros autores parecem tecer considerações no mesmo sentido. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁷⁰ entende que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas seria mais abrangente do que os direitos individuais homogêneos, restritos pela marca da homogeneidade e da origem comum.

Igualmente, Marcos de Araújo Cavalcanti⁷¹ compreende os direitos individuais homogêneos somente como pretensões em que haja similitude entre causa de pedir e pedido, e nos quais as “dúvidas e pontos controvertidos (*questões*) sejam praticamente idênticos”. O conceito de *demandas repetitivas* para o incidente, por sua vez, seria mais abrangente, sendo estas identificadas pela presença de “*questões jurídicas de origem comum e homogêneas*, que podem surgir ainda que não exista qualquer similaridade entre os elementos das demandas. *Desse modo, a homogeneidade refere-se apenas às questões jurídicas e não propriamente ao direito material deduzido em juízo.*” (grifo do autor)

Não obstante, o autor vislumbra a possibilidade de que os direitos individuais homogêneos possam ser submetidos ao Poder Judiciário por diversos meios. Assim, poderiam ser defendidos ou examinados de forma *molecular*, por meio das ações coletivas ou do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou de maneira *atomizada*, pulverizados em diversas ações individuais, ocasião em que poderiam dar origem ao fenômeno dos *processos repetitivos*⁷².

Para nós, embora existam vozes respeitáveis em contrário, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos poderão, igualmente, estar aptos à resolução de uma mesma *questão de direito* surgida em diversas demandas, mesmo que essas não sejam idênticas.

⁷⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 112; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 211, set. 2012. Nota de rodapé n. 7.

⁷¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 198-199.

⁷² Ibidem., p. 198.

1.3. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS OU AÇÃO COLETIVA?

Como visto, adotamos uma concepção mais elástica dos direitos individuais homogêneos, de maneira a permitir que uma ação coletiva seja ajuizada unicamente para solucionar uma *questão comum de direito* existente entre as diversas demandas individuais, como para declarar a prescrição de um direito pleiteado em várias ações, ou a invalidade de uma cláusula contratual padrão repetida em diversos contratos bancários, por exemplo.

Assim, entendendo ser possível a utilização tanto do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como das ações coletivas (quando embasadas em direitos individuais homogêneos) na eventualidade da questão controvertida, crucial para o julgamento dos casos concretos envolvidos, ser *unicamente de direito*, resta, apenas, realizar algumas considerações quanto à sua coexistência em nosso sistema Jurídico.

A ressalva quanto a falhas ou dificuldades de emprego das ações coletivas no Brasil, é comumente colocada e, não raras vezes, apontada como uma das ensejadoras da grande acumulação de acervo judicial.

Assim, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer⁷³, ao lado de Eduardo Cambi⁷⁴, mencionam que as ações coletivas, embora representem uma importante evolução para a tutela de direitos coletivos, não se mostraram suficientes para conter a *litigiosidade repetitiva* ou *de massa*, seja em razão da restrição da eficácia subjetiva e territorial da coisa julgada, seja pela possibilidade de ajuizamento concomitante de ações individuais e restrição da legitimidade ativa e da falta de representação adequada dos legitimados.

Alexandre de Freitas Câmara⁷⁵ parece concordar com esse raciocínio. Menciona que os direitos individuais homogêneos conteriam um *núcleo de homogeneidade* (identidade de relações obrigacionais, devedor e objeto da obrigação) que os uniria, e uma *margem de heterogeneidade* (variação dos credores da relação obrigacional e a quantidade devida a cada um deles). Explica que seria justamente essa última que teria causado a ineficiência das ações

⁷³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 283-331, mai. 2015. p. 2.

⁷⁴ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 333-362, mai.2015.

⁷⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 483.

coletivas como mecanismo de proteção dos direitos individuais homogêneos, já que, por essa via, somente seria permitida a cognição judicial sobre o que integraria o núcleo de homogeneidade desses interesses. Isso ocasionaria uma limitação da sentença de procedência a uma condenação genérica e ainda a multiplicação de processos individuais de liquidação e execução. Some-se a isso o fato de, no Brasil, existir uma “amplíssima liberdade do titular individual para ajuizar sua própria demanda condenatória”⁷⁶ e uma falta de treinamento nas faculdades de Direito para os profissionais da Advocacia trabalharem com o processo coletivo.

Apesar dos obstáculos mencionados, ressaltamos que, em muitas hipóteses, as ações coletivas para a proteção de direitos individuais homogêneos ainda se mostram relevantes. São os casos em que se veiculam pretensões de pequena monta econômica, nos quais os custos de uma ação individual superariam possíveis ganhos⁷⁷; nos quais há grande desigualdade substancial entre as partes, especialmente quando há pessoas hipossuficientes de um lado e *litigantes habituais* do outro, com grande poder econômico e experiência na área do litígio⁷⁸;

⁷⁶ As dificuldades enfrentadas pelas ações coletivas para a tutela dos direitos individuais homogêneos são, ainda, detalhadamente descritas por Sérgio Cruz Arenhart. Resumidamente, o autor aponta problemas no *plano legislativo* (pela insuficiência da legislação atual em muitos aspectos de sua regulamentação, tais como no tocante à definição dos interesses individuais homogêneos; o regime de *opt in* e o incentivo à litigiosidade individual; falta de previsão quanto à prescrição das ações individuais na pendência de ação coletiva; falhas no regime de execução das sentenças coletivas); no *plano estrutural* (pela escassez de recursos financeiros e humanos para bem atender a todas as demandas em geral); no *plano cultural* (pela cultura da litigiosidade individual, tendo como principais elementos de resistência à tutela coletiva: a desmobilização da sociedade civil, a qual seria a principal legitimada para a ação coletiva; divergências na jurisprudência em conceituar os direitos individuais e quanto ao cabimento de proteção pela via coletiva, bem como o âmbito dos efeitos de sua sentença — artigo 16 da lei 7347/85; mecanismos hoje utilizados para efetivação das sentenças coletivas; dentre outros aspectos ligados à sociologia propriamente dita). (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014. p. 53-86).

⁷⁷ Ricardo de Barros Leonel apresenta um exemplo relacionado a uma lesão ao consumidor: “determinado produto (alimento ou remédio) que seja colocado no mercado com quantidade inferior àquela consignada no rótulo (pequena quantidade), acarretando prejuízo de poucos centavos ou reais para o consumidor individual. Algum comprador proporia ação indenizatória individual contra o fabricante?”, e conclui: “Exigir o respeito ao devido processo legal na sua formulação clássica — presença de todos os lesados em juízo para a validade da sentença com relação a cada um deles —, seria inviabilizar o acesso à justiça.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166).

⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, 61/187. Compartilha de semelhante visão Mauro Cappelletti: “O consumidor isolado, ainda que não seja necessariamente pobre, encontra-se inevitavelmente em uma situação de desvantagem diante do grande empresário (...) Produção e poluição, na estrutura da moderna economia, são fenômenos de massa, que atingem categorias inteiras de pessoas. Somente organizando-se, e assim unindo as próprias forças, é que os consumidores de um mesmo produto ou as vítimas de uma poluição ambiental, poderão se contrapor à potência dos empresários e dos grandes poluidores(...) Em todos estes casos, somente rompendo com a tradicional postura individualista do processo civil é que se poderá obter resultados capazes de tornar efetiva a percepção daqueles benefícios. O indivíduo, isolado, jamais estará em condições de obter uma tutela eficaz.” (CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 17).

nas hipóteses em que a prova pericial, crucial para o julgamento do mérito das pretensões em questão, seja muito complexa ou dispendiosa, evitando-se, por meio da via coletiva, a necessidade de utilização do delicado regime da prova emprestada; quando somente a reunião dos afetados por um ato lesivo possa demonstrar as dimensões do dano causado⁷⁹.

Assim, percebemos que, ao menos para as situações mencionadas, as ações coletivas se mostram mais adequadas para a efetiva proteção e proba prestação jurisdicional, possibilitando o acesso à Justiça de causas que, de outra forma, não seriam veiculadas ou que, se o fossem, por meio da via individual, não receberiam tratamento com a mesma eficiência do Poder Judiciário.

Quanto à menção feita por José Carlos Barbosa Moreira⁸⁰ acerca da hipossuficiência dos denominados *litigantes acidentais* em confronto com adversários de grande poder político ou econômico, cabe uma observação. Poder-se-ia argumentar que, tratando-se a questão controvertida de matéria de direito, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas igualmente poderia ser utilizado, na medida em que eventual desvantagem dos autores poderia ser suprida pela participação de todos nas discussões, além de eventuais contribuições ofertadas por *amicus curiae*⁸¹.

De fato, a efetiva e plena oportunidade de esses contribuírem para a formação do convencimento do juízo, por meio de um representante realmente adequado, poderá colaborar para a criação de um equilíbrio entre as partes, a qual, aliás, é a proposta deste trabalho. Nestes

⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 161 e 164.

⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, **Revista de Processo**, São Paulo, 61/187.

⁸¹ Os artigos 983 e 984 prevêem sua participação nas discussões:

“Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

§ 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

termos, e somente nesses, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá se equivaler às ações coletivas.

A depender das circunstâncias, portanto, a técnica processual das ações coletivas pode se mostrar como a mais indicada para a adequada e justa proteção dos direitos individuais homogêneos em relação aos novos institutos criados para a solução de litígios repetitivos, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A bem da verdade, ambos os mecanismos convivem em nosso sistema processual⁸² e a opção entre a utilização de um ou outro dependerá da ponderação dos casos concretos em jogo, avaliando-se as vantagens e desvantagens de cada um⁸³, na medida em que, como dito, apresentam procedimentos e consequências processuais⁸⁴ muito distintos.

Assim, foram aqui retratados alguns dos problemas enfrentados pelas ações coletivas em nosso país, como os legislativos, os culturais e os estruturais. Não tivemos, com isso, pretensão de esgotar o tema, claro. Preocupados em não desvirtuar o objeto específico do trabalho, tecemos as observações apenas a fim de ilustrar certas hipóteses que poderiam ser consideradas pelo operador do direito na escolha entre os dois institutos ora em análise.

As objeções, sobretudo doutrinárias, quanto ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas serão posteriormente abordadas, focando, no entanto, nas preocupações de respeito ao princípio constitucional do devido processo legal, mais precisamente do contraditório.

⁸² Como menciona Antonio do Passo Cabral: “Não se quer dizer que as ações coletivas fracassaram ou devem ser abolidas. O IRDR não é um substituto das ações coletivas; ambos os mecanismos são complementares.” (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. . rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.435).

⁸³ “Na verdade, esses legitimados coletivos poderiam muito bem, ao contrário de suscitar o IRDR, ajuizar uma ação civil pública para a resolução coletiva dos direitos individuais homogêneos. Trata-se de opção e estratégia que o legitimado deverá ponderar no momento de escolher a medida processual mais adequada para atingir seus objetivos.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 244).

⁸⁴ Como, por exemplo, a forma de vinculação dos indivíduos interessados quanto à decisão. Lembra-se que, nos termos do artigo 103, inciso III e parágrafos segundo e terceiro, da lei 8.078/90, nas ações coletivas, a coisa julgada terá efeito *erga omnes*, ou seja, atingirá os indivíduos que “não tiverem intervindo no processo como litisconsortes”, apenas para beneficiá-los, nunca para prejudicá-los. Já no caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o artigo 985 da lei 13.105/2015 determina que a “tese jurídica será aplicada” a todos os processos, individuais e coletivos, presentes ou futuros, que versem sobre a mesma questão de direito. A natureza jurídica dessa vinculação é duvidosa, mas a redação do dispositivo não deixa dúvida de que a decisão, sendo favorável ou desfavorável, será aplicada aos indivíduos dos casos singulares. Outro ponto de distinção é quanto à matéria abordada, de maneira que o incidente pode ser utilizado para tratar de questões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados, o que é vedado para as ações coletivas por determinação do artigo primeiro, parágrafo único, da lei 7.347/85.

CAPÍTULO II

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: PROCESSO OBJETIVO OU SUBJETIVO?

Não obstante o grande avanço que a tutela coletiva dos direitos individuais proporcionou ao direito nacional, a falta de aperfeiçoamento legislativo, que praticamente se estagnou desde a criação da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e as restrições impostas pela jurisprudência nacional⁸⁵, acabaram por paralisar seu desenvolvimento, gerando as já mencionadas dificuldades para sua implementação.

Neste cenário, os interesses voltaram-se para as técnicas de tutela pluri-individuais, sobretudo aquelas que prescrevem o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos mediante a escolha de uma *causa-piloto*, como previsto no instituto do *Group Litigation Order*, do Direito inglês, e as que prevêem formas de aglutinação de demandas individuais para a resolução de questões comuns, de fato ou de direito, por meio de um *procedimento-modelo*, como o caso do instituto denominado *Musterverfahren*, do Direito alemão⁸⁶.

Este foi o espírito que permeou os debates que antecederam a criação do Código de Processo Civil de 2015 e levou o codificador a privilegiar as técnicas de tutela pluri-individuais em detrimento das de tutela coletiva⁸⁷.

Assim, inspirado nos modelos de tutelas coletivas e decisões vinculantes de sistemas do *Common Law*⁸⁸ e outros mecanismos de coletivização de demandas individuais, e

⁸⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 74-77; CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. . rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1435.

⁸⁶ DANTAS, Bruno. Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, p. 341-358, jan. 2016.

⁸⁷ Eduardo Talamini já alertava para esse risco em artigo publicado no início de 2015: “Por outro lado, o atual modelo brasileiro de ação coletiva ocupa-se precipuamente de tutelar o interesse difuso à dissuasão de ilícitos de massa. Não atende adequadamente ao interesse difuso à segurança jurídica, previsibilidade de soluções e isonomia. Os mecanismo de julgamento de questões repetitivas, aperfeiçoados e ampliados pelo Código de Processo Civil de 2015, hoje atendem melhor a estes interesses. A ação coletiva precisa ser reformulada para não ficar em segundo plano.” (TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241, p. 337-358, mar. de 2015).

⁸⁸ A adoção de mecanismos e procedimentos próprios do *Common Law* ligados à vinculação de decisões judiciais, sobretudo os precedentes, é amplamente disposto por Marinoni em sua obra “Precedentes Obrigatórios”.

preocupado em fornecer uma solução ao volume excessivo de processos em tramitação em todas as instâncias judiciais⁸⁹, adicionou ao texto que deu ensejo ao novo Código de Processo Civil, dentre outros, o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas⁹⁰.

Como, declaradamente, o instituto mencionado (*Musterverfahren* alemão) foi, dentre os instrumentos encontrados no direito comparado, aquele que mais serviu de espelho ao Incidente⁹¹, há necessidade de se debruçar, ao menos brevemente, sobre ele, a fim de revelar suas finalidades e procedimento para, posteriormente, em comparação com o texto nacional positivado, refletir acerca da natureza jurídica⁹² do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o tratamento que tal dispositivo tem recebido dos tribunais brasileiros.

2.1. O PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO (*MUSTERVERFAHREN*)

O ordenamento jurídico alemão não possui regulamentação extensa e genérica sobre a tutela coletiva, como o do Brasil. Há apenas modificações normativas pontuais, direcionadas a determinados ramos da economia ou setores do Estado.

Isso se deu em razão das disposições acerca do *Musterverfahren* terem surgido para a resolução de problemas práticos que se apresentaram ao Judiciário. Surgiu por iniciativa do

(MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

⁸⁹ A relevância dessa questão é sentida na própria leitura da exposição de motivos da lei 13.105, de 16 de março de 2015, a qual menciona a “multiplicação excessiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes” como pressupostos para a aplicação do instituto.

⁹⁰ Este intuito é ainda reafirmado por Marinoni em sua recente obra “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica X precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 17-18).

⁹¹ Esta observação vem expressamente reconhecida na exposição de motivos da lei 13.105/2015: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (...)” e, em nota de rodapé, afirma: “No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (*Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu”.

⁹² Não se desconhece a crítica tecida por Ovídio Araújo Baptista da Silva quanto à expressão *natureza jurídica* dos institutos processuais, ligada, segundo ele, ao *dogmatismo* e à crença de que o Direito pertenceria ao mundo ontológico, podendo ser investigado como um *fato* natural, despido de qualquer conteúdo axiológico: “Se normas e conceitos têm ‘natureza’, então está explicada sua invariabilidade. A quem investigue a ‘natureza’ de alguma norma ou de algum conceito, torna-se vedado o acesso hermenêutico ao fenômeno jurídico. A função do intérprete estaria limitada à descoberta das leis que regem o ‘fato’ normativo. Esta é uma das tantas razões para que nossa Universidade somente estude as normas, não os casos concretos. Para nossa compreensão, estaremos estudando fatos, ao estudar o ‘fato jurídico’ enquanto norma”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 301). O que se pretenderá, aqui, portanto, não será descobrir a real identidade do incidente de demandas repetitivas, como se um ser ou fato da natureza fosse, mas entendendo-o como um mecanismo processual fruto de uma opção realizada pelo legislador, qual seria a forma processual por ele pensada e a maneira como foi concebida e aplicada na prática pelos tribunais nacionais.

órgão judicial de primeiro grau quando, em 1979, esse se deparou com o ajuizamento de 5.724 demandas perante o Tribunal Administrativo de Munique, questionando o projeto de construção do aeroporto internacional naquela cidade. Efetuou-se uma triagem inicial de 40 procedimentos representativos dos demais e que teriam seguimento para instrução e julgamento. Os demais permaneceram sobrestados, aguardando o julgamento dos casos paradigmáticos. Embora sem previsão legal, tal procedimento-modelo teve sua constitucionalidade declarada pela Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha, em 1980⁹³.

Diante da referida experiência prática, o parlamento alemão aprovou em 1990 a inserção de um parágrafo (93a) no Estatuto da Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO*), de 1960, prevendo expressamente o *Musterverfahren*. Seguindo o exemplo, o procedimento foi introduzido na lei sobre conflitos jurídicos oriundo do mercado de capitais (*Gesetz über musterverfahren in Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten - KapMuG*), em 2005⁹⁴. Esse, contudo, foi estabelecido como instrumento temporário, inicialmente tendo previsão de término de vigência em 01/11/2010. Sofreu sucessivas prorrogações e, atualmente, possui derrogação programada para 01/11/2020⁹⁵.

Por fim, o procedimento-modelo foi previsto para a resolução de conflitos judiciais envolvendo questões relativas à previdência e assistência social, com a modificação, em 2008, do Estatuto da Justiça Social e do Estatuto da Justiça do Trabalho (*Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes - SGuaÄndG*), contendo praticamente o mesmo texto do parágrafo 93a do Estatuto da Justiça Administrativa⁹⁶.

A consequência da previsão em legislação esparsa de seu procedimento foi a de que o *Musterverfahren* recebesse regramento pelo Estatuto da Jurisdição Administrativa e da Previdência Social diverso do conferido ao mercado de capitais (*KapMuG*).

⁹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 30-31.

⁹⁴ Essa legislação surgiu igualmente de um problema prático em um caso envolvendo a empresa *Deutsche Telekom*, em que milhares de acionistas ajuizaram demandas individuais, especialmente em Frankfurt, com a alegação de que a demandada teria produzido prospectos com informações incorretas entre 1999 e 2000, causando prejuízos aos investidores. (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 57-58; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 35).

⁹⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 35.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 36 - 43.

2.1.1. *Musterverfahren* nos casos administrativos e previdenciários

Nos casos administrativos, o procedimento será permitido quando houver o ajuizamento de mais de 20 causas questionando a conformidade jurídica de uma medida praticada pela repartição pública nas áreas administrativa ou social. A norma utiliza a expressão *procedimento-modelo* (*Musterverfahren*) para os processos escolhidos para o processamento e julgamento, ficando os demais suspensos⁹⁷.

No caso desse procedimento-modelo do direito público, sua instauração não necessita ser requerida, podendo ser estabelecida pelo órgão judicial de ofício, sempre que útil e viável. Mas, de qualquer forma, a lei prevê expressamente que as partes envolvidas serão ouvidas previamente, oportunidade em que poderão expor seus argumentos e contribuir não só para a decisão acerca de sua admissibilidade, mas também para o esclarecimento dos fundamentos das demandas e para a escolha das causas que servirão como paradigma.

Quanto a essa triagem, a norma prevê que o processamento e julgamento modelo poderá recair em um ou mais processos adequados, sem, contudo, estabelecer parâmetros para essa seleção, o que ficou delegado à jurisprudência.

Assim, o Tribunal Federal Administrativo, em julgado proferido em 2008, fixou os requisitos que devem ser observados pelo órgão judicial na eleição das causas que servirão como modelo de julgamento: a) deve-se garantir que todos os pontos de vista sejam apreciados, de maneira a abranger todas as pretensões formuladas nas demandas propostas; b) os processos escolhidos não devem estar sobrecarregados com outras questões específicas, que não sejam representativos da maioria dos interessados.

Com essa decisão, o referido tribunal estabeleceu que a escolha do(s) caso(s) paradigma não poderá ser baseada em critério subjetivo, mas sim objetivo, voltado para a(s) causa(s) que melhor exponha(m) as pretensões encontradas nas demandas individuais e que, ao mesmo tempo, não contenha(m) em si muitas particularidades, impertinentes aos demais casos. Essa orientação se dá justamente porque a decisão do procedimento versará sobre as questões comuns a todas as causas, as quais poderão ser preliminares ou prejudiciais às particulares.

A decisão quanto à admissibilidade da instauração do procedimento-modelo é irrecorrível, a fim de conceder maior celeridade à sua tramitação, o que, contudo, não retira das

⁹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 39.

partes da(s) causa(s) paradigma(s) e dos processos suspensos o direito de, em cada momento oportuno, apresentar impugnação em relação ao mérito, invocando até mesmo a inaplicabilidade da decisão-modelo aos seus casos individuais.

Uma relevante peculiaridade do procedimento-modelo para os casos administrativos e previdenciários é a de que a decisão de sua admissibilidade e o processamento e julgamento das causas escolhidas serão realizados pelo órgão judicial de primeiro grau. Devemos alertar, todavia, que a primeira instância administrativa e previdenciária é composta por tribunais colegiados, sendo excepcionais as hipóteses em que se permite uma decisão monocrática do juiz presidente ou relator.

No âmbito do procedimento-modelo perante a jurisdição administrativa e da previdência e assistência social, destacamos, ainda, a inexistência de previsão legal quanto às regras de competência, processamento e julgamento mais específicas, prevalecendo as normas gerais de direito processual civil.

O legislador regulou os efeitos da decisão proferida no procedimento-padrão para os processos individuais suspensos. Uma vez transitada em julgado a referida decisão, o órgão judicial de primeira instância, depois de ouvir as partes, poderá decidir o mérito dos casos individuais por meio de simples decisão, desde que eles não contenham peculiaridades essenciais, fáticas ou jurídicas, em relação ao julgamento.

2.1.2. *Musterverfahren* para o mercado de capitais

Quanto ao procedimento-modelo previsto para litígios jurídicos envolvendo o mercado de capitais (*KapMuG*), a lei previu, em termos gerais, a mesma finalidade de estabelecer uma decisão coletiva sobre questões comuns às várias demandas individuais, fixando posicionamento sobre suportes fáticos e jurídicos de pretensões repetitivas, ou seja, de demandas isomórficas⁹⁸.

Ressaltamos que a cognição judicial poderá versar tanto sobre questões de fato, como de direito, denotando a possibilidade de que haja uma decisão parcial sobre os fundamentos das pretensões individuais, havendo, assim, uma clara divisão da atividade judicial

⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 34.

em dois momentos distintos: o coletivo e o individual⁹⁹. O objeto das demandas individuais, no entanto, somente poderá consistir em uma pretensão de condenação em perdas e danos ou de cumprimento de um contrato relacionado com o mercado de capitais¹⁰⁰.

O procedimento tem início com o requerimento de instauração realizado pelo autor ou pelo réu de um dos processos particulares perante o juízo do próprio processo, com a indicação da finalidade de tratamento coletivo. Não há, aqui, permissão para a instauração de ofício pelo juízo¹⁰¹.

Deve a parte indicar, no referido pedido, os pontos litigiosos sobre os quais deseja que seja formado o incidente coletivo, esclarecendo a importância de sua resolução para as outras demandas similares, além de apontar os meios de prova que pretende produzir quanto a eles.

Há algumas hipóteses em que o requerimento de instauração do procedimento-modelo não poderá ser deferido, tais como: quando a causa em meio à qual fora solicitado está pronta para julgamento; quando o procedimento poderá causar procrastinação indevida ao processo; quando o meio de prova indicado for inadequado; quando as razões de seu requerimento não forem compatíveis com os objetivos do procedimento; ou quando não houver necessidade de que o ponto controvertido seja resolvido por decisão coletiva¹⁰².

A decisão de deferimento ou não da instauração do incidente será realizada pelo próprio juízo de origem. Sendo cabível o procedimento, o juízo determinará a publicação, em

⁹⁹ Segundo Antonio do Passo Cabral: “Esse detalhe é de extrema importância pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste (...) A grande objeção aos *test claims* é que o caso concreto (piloto) decidido pode conter peculiaridades que podem não ser típicas a outros casos. O *musterverfahren* consegue evitar dissociar fato e direito na decisão coletiva, sem contudo desprezar as particularidades de cada caso”. (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 35).

¹⁰⁰ Mais precisamente, “sobre: a) pretensões indenizatórias por prejuízos causados por informações públicas falsas, enganosas ou omissas no mercado de capitais; b) pretensões indenizatórias por prejuízos causados em razão da utilização de informações públicas falsas ou enganosas sobre mercado de capitais ou pela omissão quanto ao pedido de esclarecimento sobre o fato de que determinada informação pública sobre mercado de capitais é falsa ou enganosa; ou c) pretensões condenatórias de adimplemento contratual, o qual se baseia em uma oferta nos termos da Lei de Aquisição e Transmissão de Valores Mobiliários”. (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63).

¹⁰¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 64 - 65.

¹⁰² CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 36.

um cadastro eletrônico público e gratuito, de suas principais informações, como um pequeno resumo do pedido, partes envolvidas e o objeto do procedimento. Eventuais requerimentos similares serão cadastrados em conjunto, de maneira a otimizar seu julgamento e facilitar a consulta pública¹⁰³.

O referido cadastro é regulado e controlado por órgãos federais ligados ao Ministério da Justiça, o qual deverá zelar pelo cumprimento de normas referentes ao tratamento de dados e bancos de informação e pela segurança do sistema. Caberá, todavia, ao juízo de origem veracidade e precisão dos dados informados ao cadastro, assim como cuidado pela preservação dos conteúdos sigilosos do processo, selecionando previamente o que poderá ser disponibilizado publicamente¹⁰⁴.

Após a publicação acerca da instauração do incidente, o processo no qual fora solicitado ficará suspenso. Com a formulação de pelo menos mais nove requerimentos de instauração, sob o mesmo fundamento, em qualquer comarca, no prazo de até seis meses da publicação mencionada, o juízo de origem perante o qual tenha sido realizado o primeiro requerimento será o competente para proferir decisão, irrecorrível, fixando os pontos controvertidos comuns a serem esclarecidos pelo procedimento¹⁰⁵.

Tal decisão deverá conter, portanto, um conteúdo mínimo definido em lei: a finalidade do procedimento, os pontos litigiosos que deverão ser decididos coletivamente, provas a serem produzidas e uma rápida descrição das pretensões e dos meios de defesa das partes¹⁰⁶.

Além de irrecorrível, a decisão será vinculante para o tribunal de instância superior, que proferirá o julgamento do mérito do procedimento-modelo. Após seu início, resta vedado o estabelecimento de outro procedimento-modelo com o mesmo objeto, e todos os processos cuja decisão dependa das questões a serem decididas ou esclarecidas no procedimento deverão ser suspensos.

Assim, uma vez instaurado, o *Musterverfahren* será processado perante um Tribunal Regional. A lei prevê que, havendo Tribunais Estaduais diversos, a fim de garantir a segurança

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 47.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 47 - 48.

¹⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 37.

jurídica e a uniformidade jurisprudencial, o julgamento poderá ser realizado por um Tribunal Superior, ou, mediante acordo ou convênio entre os governos estaduais, por um determinado e específico Tribunal.

O Tribunal de instância superior procederá, primeiramente, à escolha de um *líder* para os diversos autores (*Musterkläger*) e um para o réu (*Musterbeklagte*), os quais, ao lado de seus advogados, figurarão como uma espécie de parte principal, conduzindo os debates do procedimento. O líder dos autores servirá, portanto, como um intermediário entre os indivíduos dos processos suspensos e o juízo. Esses, tratados como interessados (*Beigeladenen*), poderão participar do procedimento, acrescentando novos argumentos e elementos para a formação da convicção do juízo.

A seleção das partes principais do *Musterverfahren* é deixada à discricionariedade do Tribunal, havendo, contudo, alguns parâmetros fixados pela lei. Em relação ao líder dos autores, por exemplo, há a previsão de que esse deverá ser escolhido dentre os autores de uma das causas em trâmite e suspensas perante o juízo de origem; deve ser um representante adequado a fim de bem defender os interesses das partes envolvidas no litígio de massa; o tribunal deve observar eventual acordo firmado entre os autores das demandas individuais para a eleição e indicação de um líder; deve levar em consideração o montante da dívida discutida nos processos individuais¹⁰⁷.

Apesar da decisão que fixa as partes-principais do procedimento ser irrecorrível, o tribunal poderá substituir o líder dos autores, mediante pedido de uma das partes-interessadas, quando restar comprovada sua falta de adequação da representação, quando desistir de sua demanda individual, sofrer processo de insolvência, ou perder supervenientemente a capacidade de ser parte, processual ou postulatória, como a morte ou incapacidade. Já a desistência manifestada pelas partes-interessadas em nada afetará o julgamento do procedimento-modelo¹⁰⁸.

Após a escolha das partes-principais, o tribunal determinará o registro e a publicidade, no cadastro público eletrônico, dos nomes do autor e réu-principal e de seus respectivos advogados, além do número do processo no Tribunal Regional¹⁰⁹.

¹⁰⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 72.

¹⁰⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 49.

¹⁰⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 72.

Vale ressaltar que o *Musterverfahren* poderá atingir processos individuais nos quais as partes não solicitaram o tratamento coletivo de nenhuma questão, seja fática ou jurídica, bastando que sua decisão dependa das questões a serem esclarecidas no procedimento-modelo¹¹⁰.

Essas partes dos processos individuais suspensos, tratadas pela lei como *interessados* (*Beigeladenen*), poderão, como visto, participar do procedimento. Contudo, receberão o procedimento no estado em que estejam, sendo-lhes facultado o uso de meios de ataque e defesa, podendo, inclusive, alargar seu objeto, solicitando a inclusão de outras questões comuns, de fato ou de direito, para serem decididas no incidente coletivo.

Ocorre que a lei estabelece um mecanismo de inclusão automática dos terceiros interessados. Assim, mesmo não participando voluntariamente do procedimento, as partes dos processos individuais suspensos em razão do procedimento-modelo serão automaticamente consideradas como intervenientes, com todos os poderes e ônus dessa posição. Esse tratamento permite uma participação efetiva no procedimento, mas, por outro lado, permite a extensão da vinculação do julgamento aos interessados.

A natureza de tal vinculação da decisão do *Musterverfahren* às partes dos processos individuais suspensos, por sua vez, tem gerado amplo debate doutrinário entre os processualistas alemães devido à imprecisão legislativa sobre o assunto.

A lei que regula o *Musterverfahren* quanto a litígios relacionados ao mercado de capitais, *KapMuG*, estabelece em seu parágrafo 16 (1) que a decisão de mérito proferida no procedimento-modelo vinculará os juízos de origem no julgamento dos processos que dependam da definição ou o estabelecimento das questões fáticas e jurídicas nele resolvidas. Menciona que a referida decisão fará coisa julgada no que é pertinente ao objeto do procedimento.

Em relação ao autor e ao réu (líderes) do procedimento, inexistindo razões para a restrição da interpretação da norma, a doutrina vem entendendo que tratar-se-ia de verdadeira coisa julgada¹¹¹.

Já quanto aos intervenientes (*Beigeladenen*), a lei simplesmente estabelece que a decisão será eficaz independentemente de qualquer consideração sobre se aquele sujeito alegou

¹¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 38-40.

¹¹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 53.

expressamente as questões litigiosas. A doutrina alemã, então, passou a questionar se essa vinculação poderia ser concebida como somente uma previsão de efeito vinculante (*Bindungswirkung*), de coisa julgada (*Rechtskraft*), da denominada *eficácia de intervenção* (*Interventionswirkung*), ou outro instituto assemelhado¹¹².

A primeira hipótese é pouco acatada entre os autores, visto que, caso tivesse eficácia vinculante, a decisão do *Musterverfahren* deveria ser aplicável igualmente aos processos futuros, o que é vedado pela legislação. Conforme o parágrafo 16 (1) do *KapMuG*, a decisão somente será vinculante para os processos ajuizados até o momento de sua prolação pelo tribunal¹¹³.

O entendimento pela eficácia da intervenção encontra fundamento no parágrafo 16 (2) do *KapMuG*, o qual menciona que a vinculação da decisão pode ser afastada pelo interveniente quando haja alegação de que a parte principal conduziu o processo de maneira negligente, e que, assim, não pôde se utilizar de todos os meios processuais de defesa e de ataque, pelo momento tardio em que ingressou no procedimento, ou que, por desconhecimento, tenha deixado de se valer desses meios¹¹⁴.

No entanto, há algumas diferenças para a intervenção de terceiro tradicional, já que essa existe para que o terceiro não seja prejudicado apenas, não para ser beneficiado, como pode ocorrer com a decisão do procedimento, e exige uma relação jurídica entre o terceiro e uma das partes do processo, que igualmente inexistente no seu mecanismo¹¹⁵.

Por fim, a doutrina tem se inclinado para o posicionamento de que tratar-se-ia de coisa julgada formal para as partes do procedimento, e de uma extensão da coisa julgada às partes dos processos suspensos. Essa extensão, contudo, seria limitada pela litispendência individual, ou seja, que o processo individual esteja já em trâmite no momento da decisão coletiva, e abrangeria aqueles que não solicitaram a tratativa coletiva ou participaram ativamente do procedimento¹¹⁶.

¹¹² CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 40.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 53.

¹¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 41.

¹¹⁶ Na opinião de Antonio do Passo Cabral, não há com essa extensão violação ao princípio do devido processo legal. Como explica: “Contudo, ainda assim não se trata de um mecanismo de ruptura autoritária com a vontade individual, de extensão coletiva da coisa julgada que despreze a pluralidade. Inicialmente, merece destaque a ampla

Por fim, cabe salientar que poderão interpor recurso da decisão do *Musterverfahren* (*Rechtsbeschwerde*), tanto as partes do procedimento, quanto os intervenientes. O tribunal que receberá o recurso (*Bundesgerichtshof*) comunicará os interessados (partes dos processos suspensos), por meio de aviso público no Cadastro de Procedimentos-Padrão (*Klageregister*), para, no prazo de um mês, ingressarem na condição de intervenientes no processo de julgamento do recurso¹¹⁷.

Nesse processo de recurso, os interesses das partes dos processos suspensos serão, contudo, igualmente representados por líderes. Caso o recurso tenha sido interposto pelo líder do procedimento-modelo, como regra, permanecerá nessa posição, mas se tiver sido interposto por um dos intervenientes, será nomeado novo líder para a condução dos debates¹¹⁸.

Diante de todo o exposto, podemos afirmar que o procedimento-modelo alemão possui as finalidades de: amenizar os problemas relacionados à legitimação extraordinária, uma vez que permite que todos os interessados participem ativamente no procedimento e possam acompanhar diretamente seu andamento; que todos os litigantes afetados pelo ato ilícito fiquem vinculados à decisão (coisa julgada *pro et contra*), como partes do procedimento-modelo; ratear os custos do procedimento de maneira proporcional entre os referidos litigantes, uma vez que são todos considerados partes no procedimento¹¹⁹.

2.2. A NATUREZA JURÍDICA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Apesar de inspirado no Direito alemão, com regras muito próximas do sistema adotado para o *Musterverfahren* do mercado de capitais, o Incidente de Resolução de Demandas

possibilidade de participação aos interessados, influenciando e condicionando a decisão judicial. Por outro lado, o fato da extensão da coisa julgada ser apenas em relação àqueles que já ajuizaram demandas singulares no momento da decisão coletiva demonstra preocupação com o princípio dispositivo e as estratégias processuais individuais". (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 43).

¹¹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 51.

¹¹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 51.

¹¹⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80.

Repetitivas trouxe características próprias, fruto de uma mescla daquele com institutos já existentes no ordenamento nacional e outros aspectos genuínos.

Em âmbito nacional, o incidente se utilizou dos mecanismos já existentes do *Incidente de Uniformização de Jurisprudência*, previsto no art. 476 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973¹²⁰; da uniformização de jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259, de 12 de julho de 2001¹²¹) e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153, de

¹²⁰ Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973:

“Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

¹²¹ Lei 10.259, de 12 de julho de 2001:

“Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.

§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

§ 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

22 de dezembro de 2009)¹²². Desses retirou: a possibilidade de suspensão dos processos em que a controvérsia exista, no aguardo da decisão coletiva; a aglutinação de pedidos de uniformização idênticos; a cisão da cognição, com julgamento da demanda individual suspensa pelo juízo de origem; e possibilidade de julgamento por órgão judiciais hierarquicamente superiores para a resolução uniforme das questões¹²³.

Alguns autores apontam a incorporação pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas da sistemática do *incidente de declaração de inconstitucionalidade*, previsto no artigo 97 da Constituição Federal¹²⁴ e nos artigos de 480 a 482 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973¹²⁵, especialmente no tocante ao fracionamento do julgamento em duas fases: a) o órgão fracionário do tribunal suscitaria o incidente e, posteriormente, aplicaria o entendimento sobre ele firmado para a conclusão do caso concreto; b) um órgão mais amplo do tribunal, plenário ou órgão especial, apreciaria a admissibilidade do incidente e decidiria seu mérito. Haveria semelhança quanto à suspensão do processo enquanto aguardar-se-ia o julgamento do incidente e a força vinculante da decisão desse¹²⁶.

§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

¹²² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 283-331, mai. 2015.

¹²³ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 45.

¹²⁴ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

¹²⁵ Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973:

“Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

¹²⁶ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes adota esse entendimento. (Conferir: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 66-67).

Mas, diante da miscelânea de fontes e da redação não muito clara de seus dispositivos legais, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem gerado dúvidas a respeito da natureza de seu procedimento, mais precisamente se seria um processo objetivo ou subjetivo.

Há divergências sobre a hipótese de ter realmente incorporado a decisão cognitiva e decisória acima mencionada. Ou seja, se no julgamento do incidente estará compreendido ou não o mérito da própria causa que deu ensejo a ele.

A questão mostra-se de extrema relevância para os fins deste trabalho, uma vez que influenciará a compreensão das partes do incidente e a forma de participação dessas e das partes dos processos sobrestados.

2.2.1. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como *causa-piloto*

Uma primeira vertente doutrinária entende que o Incidente contemplará também o julgamento do caso concreto a partir do qual foi instaurado. Assim, no julgamento em que se decidir a questão de direito, haverá conjuntamente a resolução do conflito subjetivo, em uma unidade cognitiva e decisória. Tal vertente aponta, portanto, tratar-se de mecanismo análogo aos *processos-teste* ou *causas-piloto*¹²⁷ do direito comparado, como o do instituto inglês *Group Litigation Order*, servindo a decisão do incidente como parâmetro para os casos que contenham a mesma questão de direito controvertida¹²⁸.

¹²⁷ Segundo Fredie Didier, esta seria a natureza do incidente: “Já se percebe que o tribunal, no IRDR, julga a causa e fixa o entendimento a ser aplicável aos demais casos repetitivos. Trata-se, então, também, de uma causa-piloto, e não de uma causa-modelo.” (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 594).

¹²⁸ Alexandre Câmara parece adotar tal posição: “o processo em que tal instauração ocorrerá será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira *causa-piloto*, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além da decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão para os outros casos, pendentes ou futuros (...) Esse órgão colegiado, competente para fixar o pedido decisório através do IRDR, não se limitará a estabelecer a tese. A ele competirá, também, julgar o caso concreto (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal), nos termos do art. 978, parágrafo único. Daí a razão pela qual se tem, aqui, falado que o processo em que se instaura o incidente funciona como verdadeira causa-piloto. É que este processo será usado mesmo como piloto (empregado o termo no sentido, encontrado nos dicionários, de ‘realização em dimensões reduzidas, para experimentação ou melhor adaptação de certos processos tecnológicos’; ‘que é experimental, inicial, podendo vir a ser melhorado ou continuado’; ‘que serve de modelo e como experiência’; ‘qualquer experiência inovadora que sirva de modelo ou exemplo’), nele se proferindo uma decisão que servirá de modelo, de padrão, para a decisão posterior de casos idênticos (e que, evidentemente, poderá depois ser melhorado ou continuado)”. (CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 485-486).

A tese encontra seu principal fundamento na redação concedida ao artigo 978, parágrafo único do Código de Processo Civil, o qual expressamente determina que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso”. Interpretam, então, que o tribunal, ao julgar o incidente, decidirá também o mérito do processo originário.

Outro argumento encontra-se na lógica do artigo 986 do Código de Processo Civil, o qual menciona que a revisão da tese firmada no incidente poderá ser realizada pelo próprio tribunal, *de ofício*, o que revelaria que a revisão dar-se-ia no bojo de um outro recurso, posterior ao julgamento do incidente, e, naturalmente, em meio ao mérito de sua causa, sem haver, portanto, cisão de julgamento¹²⁹.

Um terceiro embasamento pode, ainda, ser apresentado. O artigo 987 do Código de Processo Civil, estabelece que “do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso”, ou seja, admite a interposição dos recursos Especial e Extraordinário contra a decisão final tomada no processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Ocorre que os artigos constitucionais que regem a interposição de tais recursos (artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal) prevêm sua interposição contra *causas decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Ou seja, exigem a existência de uma demanda (lide subjetiva) julgada pelos tribunais de justiça ou regionais federais.

O próprio Supremo Tribunal Federal já reforçou a referida exigência ao dispor, no Enunciado de Súmula 513¹³⁰, não ser cabível Recurso Extraordinário contra acórdão de plenário

¹²⁹ Esses argumentos são defendidos por Antonio do Passo Cabral para quem o incidente teria assumido o perfil de *causa-piloto* após as alterações realizadas durante a tramitação do projeto de novo Código de Processo Civil no Congresso Nacional: “Agora, após a inserção pelo Senado Federal do art. 978, parágrafo único, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será, via de regra, uma causa-piloto. O novo CPC é claro em afirmar que o tribunal, ao julgar o incidente, decidirá também o processo originário (recurso, remessa necessária ou causa de competência originária). Além disso, o art. 986 fala que a revisão da tese definida no incidente poderá ser empreendida pelo próprio tribunal *de ofício*, o que revela obrigatório que haja outro caso pendente, no próprio tribunal, no bojo do qual venha a ser reaberta a discussão num novo incidente, quando então este outro caso também será julgado. A opção pelo parâmetro do processo-teste ou causa-piloto, fazendo com que o tribunal julgue o caso, faz com que a cognição no IRDR seja empreendida à luz de direitos subjetivos concretos, postulados pelas partes em juízo.” (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. . rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.437).

¹³⁰ Enunciado de Súmula 513 do Supremo Tribunal Federal: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão

ou de órgão especial que decide incidente de arguição de inconstitucionalidade. Segundo seu entendimento, somente seria cabível tal recurso, posteriormente, contra o acórdão que aplicaria a tese jurídica ao caso concreto.

Essa peculiaridade apontaria para a natureza subjetiva do incidente, indicando que a causa originária que ensejou o incidente deveria ser julgada conjuntamente à questão comum controversa, permitindo, assim, futura interposição de Recurso Especial ou Extraordinário¹³¹.

Desse modo, para os autores adeptos a esta corrente doutrinária, como Antonio do Passo Cabral¹³², embora os idealizadores do novo Código de Processo Civil tenham pretendido a adoção de um incidente nos moldes do *procedimento-modelo* alemão, constando essa formatação no anteprojeto, durante as tramitações parlamentares teria havido alterações em seu mecanismo que acabaram por transformá-lo em um verdadeiro *processo-teste*.

Vale a pena ressaltar mais uma vez, para bem diferenciar os posicionamentos, que, na sistemática dos *processos-teste* ou *causa-piloto*, são selecionadas algumas causas para julgamento, cuja solução será utilizada como parâmetro para as demais, idênticas ou semelhantes. Ou seja, o mesmo órgão que aprecia a questão comum também julga o processo originário, seguido pela reprodução da razão de decidir (*ratio decidendi*) utilizada para a resolução da causa às outras demandas que contenham a mesma questão. Seria algo como um *julgamento por amostragem*¹³³ da causa-piloto, técnica que já vinha sendo dotada nos procedimentos dos recursos extraordinário e especiais sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (art. 543-B, art. 543-C da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Os fundamentos que alicerçam a referida corrente doutrinária, contudo, sofrem algumas críticas e oposições, como se verá a seguir.

(câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”. O próprio Supremo Tribunal Federal, contudo, vem afastando esse entendimento em julgados mais recentes, como se verá mais adiante neste trabalho.

¹³¹ Como menciona Marcos de Araújo Cavalcanti: “Para a sistemática do IRDR ser compatível com a Constituição da República, deve-se permitir que, após o julgamento do IRDR, seja a tese jurídica aplicada imediatamente ao processo paradigma pendente no tribunal (...) Assim, aplicada a tese jurídica ao caso concreto paradigma, ou seja, tendo o tribunal *decidido a causa*, aí sim serão cabíveis os recursos especial e extraordinário. No entanto, considerando a repetição de processos que deu origem à instauração do IRDR, tais recursos devem ser afetados, no respectivo Tribunal Superior, ao regime jurídico dos recursos repetitivos (...) Enfim, aplica-se, a partir de então, o modelo genuíno de julgamento de *causas piloto*.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 397).

¹³² CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.436-1.437.

¹³³ Como intui Antonio do Passo Cabral no seguinte artigo: CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.231, p. 201-223, mai. 2014.

2.2.2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como *procedimento-modelo*

Para este segundo formato de ações de grupo (*procedimento-modelo*), no julgamento do Incidente seriam resolvidas somente as questões comuns a todas as demandas, deixando-se o pronunciamento sobre o mérito (*causa*), inclusive do “processo originário”, aos juízos de origem. Há aqui, portanto, um mecanismo de separação de cognição e julgamento, cabendo ao órgão judicial (geralmente de grau superior) competente para o processamento do Incidente somente o julgamento das questões comuns¹³⁴, formulando uma tese jurídica que será, posteriormente, aplicada ao caso concreto pelo órgão responsável pelo processo originário, o qual o decidirá por completo, com todas as questões que lhe sejam próprias¹³⁵.

Há, assim, uma cisão cognitiva e decisória e uma incorporação da *tese jurídica* definida no Incidente nos processos repetitivos. A decisão do Incidente é aceita pelo juízo de origem como uma questão prejudicial ao julgamento de seus casos concretos, devendo ser adotada como premissa para a resolução das demais questões de cada causa¹³⁶.

Segundo parte da doutrina nacional, essa é a lógica que move o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a despeito das já mencionadas alterações realizadas no projeto do novo Código de Processo Civil. Este entendimento está fundado justamente no

¹³⁴ “(...) ao contrário do que se passa no regime dos REs e REspS repetitivos em que um dado processo é *selecionado* para receber a decisão-quadro (novo CPC, art. 1.037 e incisos), já no IRDR não ocorre a *afetação* de um dado processo para operar como caso-piloto, como se passa naquela primeira ocorrência, mas é a *questão unicamente de direito* (inc. I do art. 976), com aptidão para se reproduzir massivamente, que é alçada ao conhecimento do tribunal, para que este fixe a *tese jurídica* a respeito (art. 985, *caput*).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: RT, 2016. p. 210).

¹³⁵ Para Dierle Nunes, esta é a concepção adotada pelo legislador para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: “A EC 45 abriu margem à utilização no campo recursal da técnica da ‘causa-piloto’ mediante a qual se afeta(m) caso(s) (recurso(s) representativo(s) da controvérsia) que são usados como amostragem para solução de inúmeros outros idênticos. A técnica permite o julgamento completo da causa pelo Tribunal, diversamente das técnicas de procedimento-modelo nas quais há uma cisão cognitiva (como no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR)”. (NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; e outros (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.320).

¹³⁶ Esta sistemática é descrita por Eduardo Cambi como pertinente ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: “No modelo brasileiro, há cisão do julgamento, que se desdobra em uma decisão objetiva e outra subjetiva complexa. Em outras palavras, enquanto um órgão judiciário julga todas as questões comuns objeto do incidente, o outro órgão julga o processo originário, com todas as suas especificidades, observando a prévia decisão do incidente, obrigatoriamente tomada como premissa à definição das demais questões versadas no processo.” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 333-362, maio de 2015).

ataque ao principal argumento dos defensores da ideia de *causa-piloto*, qual seja, a redação do parágrafo único do artigo 978 da citada legislação.

O referido dispositivo vem sendo alvo de controvérsia, apontando-se sua inconstitucionalidade formal e material. Sob o aspecto formal, afirma-se violação ao devido processo legislativo, uma vez que a norma não constava no projeto inicial elaborado pelo Senado Federal, nem na emenda realizada pela Câmara dos Deputados, restando incluída no texto legal apenas na versão final aprovada¹³⁷.

De fato, nas versões iniciais, o referido dispositivo tratava somente da questão de competência do órgão judicial responsável pelo julgamento do incidente, no então artigo 933¹³⁸ do texto aprovado pelo plenário do Senado Federal (Projeto de nº 166/2010) e artigo 991¹³⁹ do texto aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8048/2010)¹⁴⁰.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, resultaria da afronta ao artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal¹⁴¹, o qual estabelece ser de competência privativamente dos tribunais a elaboração dos seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Desta maneira, ao determinar qual o órgão responsável pelo julgamento do “recurso”, o dispositivo

¹³⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 71.

¹³⁸ “Art. 933. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 1º. Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 930 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática (...).”

¹³⁹ “Art. 991. O julgamento do incidente caberá ao órgão do tribunal que o regimento interno indicar.

§ 1º O órgão indicado deve possuir competência para uniformização de jurisprudência dentre suas atribuições.

§ 2º. Sempre que possível, o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos colegiados com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente.

§ 3º. A competência será do plenário ou do órgão especial do tribunal quando ocorrer a hipótese do art. 960 no julgamento do incidente.”

¹⁴⁰ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, e outros (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 291.

¹⁴¹ “Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (...).”

legal teria invadido matéria de competência legislativa privativa dos respectivos tribunais, estando eivado de inconstitucionalidade¹⁴².

Outro argumento apontado pelos adeptos desta vertente seria de que o próprio nome *Incidente* concedido ao instituto já permitiria concluir que não se trataria de julgamento da demanda (ou pretensão) propriamente dita¹⁴³, mas sim de uma questão comum controvertida, simplesmente porque não haveria razão para a segmentação em um procedimento incidental nesse caso¹⁴⁴.

Ademais, a redação final do Código de Processo Civil repetiria por diversas vezes a expressão *tese jurídica* ao tratar do Incidente, reforçando a ideia de que nele somente seriam julgadas as questões de direito controvertidas, e não a causa em si do processo originário¹⁴⁵, como nos artigos 984, parágrafo segundo¹⁴⁶ e 985¹⁴⁷.

A cisão cognitiva e o julgamento abstrato estariam evidenciados, ainda, pela autonomia do procedimento incidental em caso de desistência ou abandono da causa

¹⁴² Como defende Leonardo José Carneiro da Cunha: “Não é possível ao legislador indicar qual o órgão interno do tribunal deva julgar o incidente de resolução das causas repetitivas. essa indicação deveria constar do regimento interno de cada tribunal. Segundo estabelece o art. 96 da CF/1998, compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.” (CUNHA, Leonardo José da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 255-280, março de 2011, p. 271).

¹⁴³ Como afirma Guilherme Peres de Oliveira: “Aliás, o simples fato de se estabelecer que a tese jurídica será fixada em um 'incidente', assim como a declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Tribunal, já indica se tratar de questão decidida de forma autônoma em relação à principal, e não em deslocamento de competência para o julgamento da demanda em si.” (OLIVEIRA, Guilherme Pares de. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas — uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, e outros (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: editora JusPodivm, 2014, p. 668).

¹⁴⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 283-331, mai. 2015.

¹⁴⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 106.

¹⁴⁶ “Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: (...)”

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à **tese jurídica** discutida, sejam favoráveis ou contrários.” (Grifo nosso.)

¹⁴⁷ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da **tese** adotada.” (Grifo nosso.)

originária¹⁴⁸. Nos termos do artigo 976, parágrafo primeiro¹⁴⁹ do Código de Processo Civil, a desistência ou abandono do processo, manifestada pelo seu autor, não impede o prosseguimento do Incidente, ou seja, sua tramitação seguirá independentemente da existência de um conflito subjetivo, o que, para os defensores da presente tese¹⁵⁰, reafirmaria seu caráter objetivo¹⁵¹. A determinação legal assemelhar-se-ia à vedação de desistência nos processos de controle de constitucionalidade, marcadamente objetivo, cujo teor se encontra no artigo 5º da Lei 9.868/1999¹⁵².

A própria possibilidade de instauração do Incidente por iniciativa do Ministério Público ou da Defensoria Pública, constante no artigo 977, inciso III do Código de Processo Civil¹⁵³, reforçaria a tese. Não tendo tais entes figurado como autores no processo originário e não sendo partes do conflito judicializado, a permissão para que possam suscitar o Incidente e conduzir os debates somente encontraria justificativa no fato de tal julgamento se limitar à tese em abstrato (para a qual seriam legitimados em razão do interesse coletivo), cabendo a decisão sobre a causa para um momento posterior (na qual haveria apenas o interesse subjetivo da parte originária)¹⁵⁴.

Portanto, para os defensores desta corrente, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não envolveria o julgamento da causa em si do processo originário, mas somente

¹⁴⁸ Fredie Didier, para quem o incidente seria processado e julgado como causa-piloto, observa que “nesses casos, ocorre uma exceção à regra geral, caracterizando-se uma hipótese de causa-piloto.” (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 596).

¹⁴⁹ “Art. 976. É cabível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando houver, simultaneamente:

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.”

¹⁵⁰ Sofia Temer utiliza esse argumento e ressalta: “O prosseguimento do IRDR mesmo em caso de desistência do processo que lhe serviu como substrato demonstra que no momento da instauração o incidente ‘descola-se’ do processo originário, ocorrendo a dessubjetivação necessária para fixação da tese jurídica. Com efeito, não é própria da atividade jurisdicional que visa a tutelar diretamente o direito subjetivo essa autonomia para resolução de uma controvérsia jurídica em abstrato. No processo ‘tradicional’, a desistência recursal não depende sequer de anuência da parte contrária ou dos litisconsortes e surte efeitos imediatos (art. 998), porque ali sim a finalidade é tutelar o direito subjetivo da parte recorrente.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 79).

¹⁵¹ Lembra-se que, nos processos subjetivos, constitui direito da parte desistir da ação, recurso ou incidente por ela interposto, seja em razão do princípio dispositivo, seja em função de ser ela a titular do direito material em que se encontra fundamentada a lide. Por outro lado, nos processos objetivos, o legitimado ativo não é o titular do direito material pleiteado, motivo pelo qual a sua desistência não barrará o prosseguimento da ação.

¹⁵² “Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.”

¹⁵³ “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.”

¹⁵⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 283-331, mai. 2015.

fixaria uma tese jurídica, ficando restrito à resolução das questões de direito — material ou processual — que se repetiriam em diversos processos¹⁵⁵.

As discussões, portanto, girariam em torno do direito abstrato¹⁵⁶, de maneira que as questões de fato e as peculiares dos casos concretos não seriam nele analisadas, impedindo o julgamento da demanda (e do direito subjetivo da parte nela contida) que ensejou o Incidente.

Ademais, para esses, a natureza objetiva, com a formulação de uma tese jurídica abstrata, facilitaria a aplicação de sua decisão aos casos concretos que contivessem a mesma questão de direito¹⁵⁷.

2.2.3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a natureza *mista* ou *híbrida*

Analizando a redação dos dispositivos do Código de Processo Civil atinentes ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em comparação à sistemática do *procedimento-modelo* (*Musterverfahren*) alemão, alguns autores constataam que, em verdade, teria havido uma verdadeira mescla entre esse procedimento e o mecanismo das *causas-piloto*, resultando em uma natureza que se poderia denominar *híbrida* ou *mista*.

Assim, embora o Código parecesse apontar, pela redação do artigo 978, parágrafo único (abstraindo-se a questão de sua inconstitucionalidade), para uma unidade de julgamento

¹⁵⁵ Este é o posicionamento de Guilherme Peres de Oliveira, para quem: “(...) o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deve ser encarado como incidente objetivo e cujo escopo é o de definir a tese jurídica em abstrato, sem julgar o caso concreto em que fora suscitado. Uma vez fixada a tese, o caso concreto em que o incidente foi suscitado (e, ademais, todos os que versem questão idêntica), será julgado de acordo com suas peculiaridades, porém sem contrariar o posicionamento jurídico já delimitado no incidente.” (OLIVEIRA, Guilherme Pares de. Incidente de resolução de demandas repetitivas — uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, e outros (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Slavador: editora JusPodivm, 2014. p. 670).

¹⁵⁶ Como afirma Eduardo Cambi: “Mediante a técnica da cisão, a decisão do incidente decorre do julgamento em abstrato da questão jurídica submetida ao órgão prolator (...)”. (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 333-362, mai.2015).

¹⁵⁷ Antonio do Passo Cabral, apesar de entender que o legislador teria optado pela sistemática da *causa-piloto* (subjetivo) para o processamento do incidente, em regra, aponta que a melhor opção seria a do procedimento-modelo, pois “misturar questões comuns a milhares de causas com as peculiaridades fáticas de um ou poucos processos individuais, tudo unido num mesmo julgamento, pode levar a uma cognição confusa no âmbito do IRDR. E, de fato, ao analisar a questão comum, por vezes pode ser difícil para o órgão julgador desprender-se das idiossincrasias do caso concreto, o que será especialmente preocupante porque, de acordo com o novo CPC, o tribunal também deverá julgar a causa. teria sido técnica a escolha pelo formato do procedimento-modelo, com cisão cognitiva entre dois órgãos, restando ao tribunal apreciar apenas a questão comum”. (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1437).

da causa originária com a questão de direito controversa e repetitiva, em outros momentos inclinar-se-ia para a objetivação de seu processamento, como na hipótese versada no artigo 976, parágrafo primeiro, o qual determinaria que a desistência ou o abandono do processo não obstaríam o exame do mérito do incidente.

Neste sentido, Antonio do Passo Cabral¹⁵⁸ entende que, por determinação do parágrafo único do artigo 978, o Incidente, *em regra*, seguiria a sistemática da *causa-piloto*, resolvendo a questão de direito repetida em meio a uma causa subjetiva, havendo unidade de cognição e julgamento, ou seja, juntamente com a análise da relação jurídica subjetiva das partes. Mas, na hipótese de haver desistência ou abandono do recurso que ensejara o Incidente, como o artigo 976, parágrafo primeiro, determinaria que o incidente deveria ter seguimento, mesmo sem uma *causa* para se julgar, assumiria ele natureza *objetiva*, resolvendo-se somente a questão de direito repetitiva. Por essa razão, o autor entende que o Incidente, ao misturar as técnicas do procedimento-modelo alemão e da causa-piloto, teria natureza *híbrida*.

Marcos de Araújo Cavalcanti¹⁵⁹, por sua vez, embasa seu entendimento quanto à natureza *híbrida* ou *mista* do Incidente sob uma perspectiva diversa. Para ele, embora o parágrafo único do artigo 978 exija a pendência de causa no tribunal para a instauração do Incidente, o que apontaria para a adoção da técnica da *causa-piloto*, como será mais bem explicado a seguir, a sistemática do Incidente determinaria o deslocamento da cognição das

¹⁵⁸ Como afirma o autor: “Pois bem, nessa ordem de ideias, nossa concepção é a de que o legislador optou por um formato híbrido. Em regra, observando o art. 978, parágrafo único, o tribunal julgará a questão comum e o(s) caso(s) selecionados e afetados para instrução. Há *unidade cognitiva e decisória*, com posterior aplicação da *ratio decidendi* sobre a questão comum aos demais processos em que seja debatida. Evidentemente, a regra é tratar-se de causa-piloto, jurisdição exercida à luz de pretensões e alegações de direitos subjetivos em concreto. No entanto, quando houver desistência do processo afetado, o incidente pode mesmo assim prosseguir para a definição da questão comum (art. 976, § 1º). Nessa hipótese, segue-se o formato do processo-modelo, instituindo-se um procedimento de solução da questão comum a vários processos, mas com técnica diferente. No caso de IRDR que prossegue a despeito da desistência do caso, existe *cisão cognitiva e decisória*, o órgão que julga o incidente aprecia *apenas* a questão comum, e todas as demais questões que não forem objeto do IRDR serão decididas pelos juízos dos processos primitivos.” (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1437-1438).

¹⁵⁹ “O sistema processual do IRDR é híbrido ou misto. Pelas razões já exposta, o ordenamento jurídico exige a pendência de causa no tribunal para a instauração do incidente. Ao mesmo tempo, prevê que o incidente instaurado terá a finalidade de identificar as questões homogêneas repetitivas e de fixar a tese jurídica correta a ser aplicada aos casos concretos suspensos. Então, verifica-se que, apesar do disposto no parágrafo único do art. 978 do NCPC, aqui ocorre o deslocamento da cognição das questões comuns para o bojo do incidente. Não há, assim, unidade decisória. O precedente firmado no julgamento deverá ser aplicado, *posteriormente*, ao processo pendente no tribunal que deu origem à instauração do incidente. Nesse aspecto, a sistemática do IRDR é *muito semelhante* à do *incidente de arguição de inconstitucionalidade* (art. 948 do NCPC).” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 395-396).

questões comuns para o bojo do Incidente, de maneira que haveria sim cisão cognitiva e decisória, técnica do *procedimento-modelo* alemão.

Não por outra razão, parte da doutrina¹⁶⁰, como a acima mencionada, vem adotando o conceito de natureza *mista* ou *híbrida* do incidente. Contudo, entendemos que essa posição acaba por dificultar a construção de uma sistematização processual mais precisa, com regras coerentes acerca do seu processamento, do início ao fim, sobretudo quanto à definição das partes que figurarão no Incidente e sua forma de participação.

É preciso definir se o procedimento irá ou não julgar a causa original de maneira conjunta, pois isto influencia em diversos pontos acerca do Incidente, como a discussão dos *atos* pertinentes à relação subjetiva do processo originário ou a restrição da discussão da questão unicamente de direito, de forma abstrata, além da importante definição das partes do Incidente.

Observamos que a natureza subjetiva apontaria para a necessária participação das partes do processo originário como as próprias partes do incidente, causando uma bipolarização (autor versus réu). Já a natureza objetiva não exigiria necessariamente a participação dessas partes do processo originário, uma vez que o procedimento seria descolado da relação jurídica de origem, permitindo a multipolarização¹⁶¹ do Incidente, com a participação de diversos atores na discussão.

Por isso, entendemos que a opção pela natureza objetiva ou subjetiva do Incidente se faz de crucial importância para prosseguirmos em nossa análise a respeito da participação das partes dos processos sobrestados, seja direta ou indiretamente, por meio de um representante. A

¹⁶⁰ Ressalvamos o entendimento de Bruno Dantas que, não assumindo a natureza híbrida ou mista do incidente, adota posição intermediária. Para ele, “o IRDR funciona como fracionamento na cognição e no julgamento da causa. Ao tribunal compete a fixação da tese em abstrato, e ao juízo originário a sua aplicação ao caso concreto. É importante observar que a fixação da tese contém não apenas cognição da *quaestio iuris*, mas também decisão, o que *todavia não significa julgamento da lide subjacente*.” Mas, com relação ao artigo 978, afirma: “o legislador pretendeu que o mesmo órgão jurisdicional que definiu a tese jurídica em abstrato seja responsável também pela sua aplicação ao caso concreto para fins de fixação do padrão decisório a ser obedecido em todos os casos idênticos presentes e futuros. O *tribunal deve demonstrar exatamente os limites e possibilidades na aplicação da tese fixada ao caso específico*.” (DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2.179 e 2.185). (Grifo do autor)

¹⁶¹ Sofia Temer, adotando a concepção objetiva do procedimento, defende que a estrutura subjetiva do incidente seria *multipolarizada*: “Para atingir o objetivo final do incidente, que é solucionar a questão de direito repetitiva e fixar a tese, concorrerão diversos sujeitos, cada qual com seu interesse e legitimidade, atuando em todo o procedimento apenas em atos isolados, como num feixe de linhas argumentativas que por vezes se superpõem e por vezes se afastam. No IRDR, a multipolaridade decorre da pluralidade argumentativa, elemento indispensável para permitir a consolidação de entendimento judicial sobre a questão jurídica.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 148 - 149).

adoção de uma natureza como regra e outra como exceção para o Incidente, ou a sua total indefinição, como sugerido pelos autores acima mencionados, não permitiria a construção de uma sistemática coerente e lógica para operacionalização da forma de participação dos ausentes e de seu representante no Incidente, causando demasiada confusão, já que haveria constante incerteza sobre quem seriam propriamente as *partes* do procedimento.

Desta forma, não obstante a imprecisão legal acerca da natureza do Incidente, faz-se necessária a escolha dentre as duas primeiras vertentes acima mencionadas. Para tanto, como o presente trabalho objetiva soluções para um problema que se mostra na prática processual, reputamos interessante atentar para o tratamento que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vem recebendo pelos tribunais nacionais.

2.2.4. O tratamento jurisprudencial do tema e nossa perspectiva

Em sede jurisprudencial, o tema da natureza jurídica do incidente encontra-se atrelado a outra discussão, igualmente debatida em doutrina, acerca da necessidade ou não de existência de um recurso no tribunal para sua instauração. Ou seja, se haveria a possibilidade de sua admissibilidade a partir de um processo ainda em trâmite no primeiro grau de jurisdição¹⁶².

A dúvida teve origem no fato de que, durante o processo legislativo do Código de Processo Civil de 2015, o Senado Federal, em segundo turno de votação, retirou do projeto todas as alterações realizadas pela Câmara dos Deputados¹⁶³ que exigiam a presença de um

¹⁶² Cabe destacar a ressalva feita por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, para quem as duas questões não apresentariam uma relação de dependência: “*Ad argumentandum* apenas, pode-se conceber, por exemplo, que a causa em tramitação no tribunal seja um pressuposto, indispensável, por exemplo, para a fixação da competência do tribunal para o incidente (posição que não será, em princípio, a adotada neste texto). Mas, isso não significa que o mesmo órgão interno tenha que julgar o incidente e o processo em tramitação no tribunal, se admitida a inconstitucionalidade, formal ou material do art. 978 do Código de Processo Civil. Do mesmo modo, pode-se não admitir a tramitação da causa no tribunal como pressuposto, mas, por outro lado, se entender que a regra prevista no parágrafo único do art. 978 seja uma norma de prevenção, bem como que não tenha ocorrido qualquer violação formal ou material. Portanto, embora paralelas e relacionadas, as duas indagações devem ser apreciadas ao seu devido tempo e modo.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 107-108).

¹⁶³ O artigo 988 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados previa essa exigência nos seguintes termos:

“Art. 988. É admissível o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

(...)

§ 2º. O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.”

recurso em tramitação perante o tribunal e, ainda, incluiu o parágrafo único do artigo 978, que determina o julgamento do “recurso, remessa necessária ou o processo de competência originária” pelo “mesmo órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica”.

Para alguns, a despeito da retirada de previsão quanto à necessidade de causa pendente no tribunal, o novo dispositivo acima mencionado deixaria clara essa exigência¹⁶⁴. Acrescentam os argumentos de que: a) a competência dos tribunais estaria delimitada no texto constitucional e, inexistindo previsão expressa, não poderiam conhecer do Incidente isoladamente, mas somente em meio à *causa* originária¹⁶⁵; b) o requisito asseguraria o maior amadurecimento das questões jurídicas para a formação da tese.

Contra esses, opõem-se as observações de que a Constituição Federal não seria exaustiva ao prever a competência dos tribunais regionais federais e tribunais de justiça dos estados, podendo a lei infraconstitucional estabelecer outras hipóteses; de que o Código teria previsto um procedimento especial, com ampliação do contraditório, por meio da previsão de figuras como *amicus curiae* e audiências públicas, as quais já seriam suficientes para provocar um farto debate e proporcionar o amadurecimento do entendimento acerca da questão controvertida¹⁶⁶.

De qualquer maneira, por trás do requisito da existência de causa pendente no Tribunal para a instauração do Incidente, encontra-se a lógica de que ambos deveriam ser julgados conjuntamente, no sistema de *causa-piloto*, possuindo seu procedimento verdadeira natureza subjetiva.

¹⁶⁴ São adeptos dessa corrente: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1437; CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 485; CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 224-225.

¹⁶⁵ Este é o entendimento de Fredie Didier: “O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal. Se não houvesse caso em trâmite no tribunal, não se teria um incidente, mas um processo originário, com transferência ao tribunal de parte da cognição que deveria ser realizada pelos juízos de primeira instância. Como se sabe, não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os tribunais. As competências dos tribunais regionais federais estão estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal, cabendo às Constituições Estaduais fixar as competências dos tribunais de justiça (art. 125, § 1º, CF).” (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 595.

¹⁶⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 117 - 122.

Para outros, contudo, as alterações legislativas mencionadas, aliadas à legitimidade do(a) magistrado(a) de primeiro grau de provocar o Incidente¹⁶⁷, teriam indicado a intenção do legislador de que poderia o Incidente ser instaurado a partir de processos ainda em primeiro grau de jurisdição¹⁶⁸. São somados a esse os seguintes argumentos: a) o de que o requisito da efetiva repetição de processos não restaria prejudicado, não tornando o incidente preventivo; b) o magistrado de primeiro grau seria o agente mais indicado para provocá-lo, uma vez que observaria de forma mais rápida a repetição de uma mesma questão de direito; c) concederia maior efetividade ao instituto, funcionando de maneira mais efetiva na estagnação da multiplicação de demandas repetidas¹⁶⁹.

A tendência dos que adotam esse entendimento é a de conceber o Incidente como objetivo, já que, iniciando-se a partir de demandas de primeiro grau, o tribunal não poderia julgar a causa subjetiva conjuntamente, sendo a norma do parágrafo único do artigo 978, se constitucional, mera regra de prevenção¹⁷⁰ para futuro recurso da demanda.

¹⁶⁷ Prevista atualmente no artigo 977 da lei 13.105/2015:

“Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício (...).”

¹⁶⁸ Dentre os adeptos deste entendimento, podem-se mencionar: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. **Código de Processo Civil Anotado**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 1.337; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: RT, 2016. p. 189; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 283-331, mai. 2015; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.396.

¹⁶⁹ Como adverte Aluísio Gonçalves de Castro: “O risco seria grande se houvesse a limitação pretendida na versão aprovada na Câmara dos Deputados. Isso porque haveria um risco necessário, que poderia retardar a instauração do IRDR, a ponto de comprometer os seus objetivos. Ressalte-se que o novo procedimento se faz eficiente se for instaurado, processado e julgado dentro de um prazo razoável. Do contrário, poderá se prolongar uma situação patológica de quantidades imensas de processos suspensos indefinidamente, gerando instabilidade e descrédito em relação à prestação jurisdicional.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 123). No mesmo sentido, observam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “Se o IRDR busca evitar o risco à isonomia e à segurança jurídica decorrentes do tratamento diverso da mesma questão de direito, seria um disparate imaginar que, só depois que a questão já estivesse submetida à análise do tribunal — e, portanto, que tivesse tramitado longamente em 1º grau — é que o incidente poderia ser instaurado.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016. p. 568).

¹⁷⁰ Este é o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem: “(...) a interpretação sistemática, em simetria com a racionalidade e a praticidade esperadas do citado incidente, induz exegese diversa: o parágrafo único do art. 978, em verdade, busca tornar *prevento* o órgão fracionário que julgou o IRDR, por modo a garantir que àquele órgão venham depois encaminhados o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária derivados daquele processo-raiz, exegese que parece respaldada pela ratio contida no parágrafo único do art. 930 do CPC/2015”. O autor lembra ainda a disposição do artigo 930 da lei 13.105/2015, inserido no capítulo “Da ordem dos processos no tribunal”: “O primeiro recurso protocolado no tribunal *tornará prevento* o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo.” (MANCUSO, Rodolfo de

Este é o nosso posicionamento. Além de todos os argumentos já expostos quanto à tese da natureza objetiva do Incidente, sobretudo quanto à questão da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 978 do Código de Processo Civil, ressaltamos que a inserção desse dispositivo pelo Senado Federal somente ao final do processo legislativo, aliado à menção expressa na exposição de motivos do Código de que o Incidente teria sido espelhado no procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*), o qual é objetivo, demonstra que a intenção do legislador não foi de transformá-lo em uma *causa-piloto*, mas apenas de criar uma regra de prevenção, evitando que o processo em que [foi?] formada a *tese jurídica* tenha seu recurso futuramente julgado por outro órgão colegiado.

O reforço desse entendimento é justamente o fato de o Senado Federal ter retirado do texto todas as alterações da Câmara dos Deputados que estabeleciam a necessidade de que o Incidente fosse suscitado a partir de uma causa já pendente de recurso no tribunal. Assim, iniciando-se a partir de um processo ainda em primeiro grau de jurisdição, o incidente se assemelha ao procedimento do *Musterverfahren* e permite a cisão de cognição e julgamento entre a questão de direito repetitiva e o mérito da demanda. Deste modo, entendemos que o incidente, da maneira como está disposto no Código de Processo Civil, e de acordo com o processo legislativo que sofreu, possui indubitavelmente natureza objetiva.

Nosso posicionamento é ainda corroborado pela jurisprudência nacional. Embora se possa encontrar dentre aos tribunais de segundo grau do Brasil a adoção dos mais variados entendimentos¹⁷¹, inclusive com divergência entre seus próprios órgãos fracionários¹⁷², destaca-

Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: RT, 2016. p. 189 e 225-226).

¹⁷¹ Seguindo a orientação do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (Enunciado 344: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo Tribunal”), há decisões exigindo a existência de recurso pendente nos Tribunais de Justiça dos Estados do Espírito Santo (TJES, IRDR nº. 0037928-30.2016.8.08.0000, Pleno, Rel. Des. Ewerton Schwab Pinto, julg. 6.3.2017); do Mato Grosso (Pet 141674/2016, Turma de Câmaras Criminais Reunidas, Rel. Des. Pedro Sakamoto, julg. 2.3.2017); de São Paulo (TJSP, IRDR nº. 2138039-84.2016.8.26.0000, Turma Especial – Público, Rel. Des. Leonel Costa, julg. 26.8.2016); do Amapá (TJAP, IRDR nº. 0000560-25.2016.8.03.0000, Pleno, Rel. Des. Luciano Assis, julg. 31.8.2016); do Paraná (TJPR, IRDR nº. 1567649-4, Seção Cível, Rel. Des. Francisco Luiz Macedo Junior, julg. 17.2.2017); do Distrito Federal e Territórios (TJDFT, IRDR nº. 20160020134714, Câmara de Uniformização, Rel. Des. José Divino, julg. 6.6.2016); e do Rio Grande do Sul (TJRS, IRDR nº. 70070178678, Primeira Turma Cível, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, julg. 5.8.2016). Destaca-se, por outro lado, acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região acolhendo a instauração de IRDR, “suscitado pelo Juiz de primeiro grau, via ofício, em processo não sentenciado” (IRDR 08045758020164050000, Rel. Des. Fed Roberto Machado, Tribunal Pleno, J. 27.10.2016). O Tribunal Regional da 4ª Região também já se posicionou apontando “o requisito respeitante à existência de processo pendente no tribunal” (IRDR, 5051115-64.2016.4.04.0000, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, Terceira Seção, J 18.05.2017).

se que alguns deles vêm adotando o segundo entendimento aqui exposto e, assim, admitindo a instauração a partir de demandas ainda em primeiro grau de jurisdição.

Este é o caso do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, em caso emblemático¹⁷³, aceitou a instauração de Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva a partir de uma ação oriunda do Juizado Especial Federal¹⁷⁴, ainda em tramitação perante o juízo de primeiro grau. Questionava-se o direito da parte autora renunciar ao valor excedente a 60 salários mínimos para fins de fixação da competência do Juizado Especial Federal, independentemente do montante alcançado pelas 12 parcelas vincendas.

Além da peculiaridade de ter surgido a partir de uma ação oriunda dos juizados especiais, o caso mostrou-se relevante em razão de ter sido realizado pedido, pela União Federal, de suspensão nacional de todos os processos que versassem sobre a mesma questão de direito perante o Superior Tribunal de Justiça.

Nesse, em decisão monocrática¹⁷⁵, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, com fundamento em julgado da Primeira Seção do próprio Superior Tribunal de Justiça e do Plenário do Supremo Tribunal Federal, afirmou a natureza objetiva do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Assim, superando um primeiro argumento de inadmissibilidade do incidente por se encontrar desvinculado do processo subjetivo, ressaltou que a Primeira Seção daquele tribunal

¹⁷² Como o caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que uma Seção exigiu a pré-existência de recurso e adotou o procedimento da *causa-piloto* (TJRJ, IRDR nº. 0023484-83.2016.8.19.0000, Seção Cível Comum, Rel. Des. Guaraci de Campos Vianna, julg. 21.7.2016), e outra dispensou o requisito: TJRJ, IRDR nº. 32321-30.2016.8.19.0000, Seção Cível Especializada, Rel. Des. Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, julg. 22.9.2016).

¹⁷³ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 5033207-91.2016.4.04.0000/SC; suscitado nos autos da ação 5025984-55.2015.404.7200/SC pelo autor da demanda.

¹⁷⁴ Esta decisão, contudo, não foi unânime, tendo sido vencido o desembargador federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, relator, bem como outros dois desembargadores, prevalecendo o voto divergente do desembargador Fernando Quadros da Silva, pelos seguintes fundamentos: “A compreensão majoritária é no sentido de que o novo CPC, ao dar ao Tribunal de apelação a competência para decidir o IRDR, com aplicação explícita do resultado do julgamento a todos os processos que tramitem na sua área de jurisdição, inclusive àqueles que tramitem nos Juizados Especiais do respectivo Estado ou Região, no mínimo implicitamente admitiu que os incidentes sejam instaurados a partir de processos que tramitam nos juizados especiais. A submissão dos Juizados ao que decidido no IRDR, segundo entendeu a Corte, veio justamente para evitar tratamentos diversos para temas de direito por parte dos juizados especiais e da justiça ordinária, o que já ocorreu em diversas ocasiões, gerando perplexidade entre os jurisdicionados. Como por opção do legislador a orientação do Tribunal sempre deverá preponderar, não há razão para que se exclua a possibilidade de instauração de IRDR a partir de processos que tramitam nos Juizados Especiais” (IRDR nº 5033207-91.2016.4.04.0000/SC).

¹⁷⁵ Decisão proferida nos autos 2017/0080392-8, publicada em Diário Oficial na data de 17/08/2018. Até a entrega desta dissertação, em 06 de fevereiro de 2019, ainda não havia decisão final nestes autos ou alteração do entendimento no Ministro relator.

superior já havia se manifestado no sentido de que o rito do incidente “não pressupõe a adoção de casos-piloto, tratando-se simplesmente de procedimento modelar”.

E, analisando a viabilidade do Recurso Especial que impugna acórdão que contenha apenas decisão acerca de tese jurídica em abstrato, sem julgar a *causa* em si (requisito a princípio exigido pelo artigo 105, inciso III, da Constituição Federal¹⁷⁶), lembrou que o Plenário do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁷, analisando disposições do Código de Processo Civil de 2015, já concluíra pela possibilidade de julgamento do Recurso Extraordinário mesmo diante da perda superveniente do interesse de agir¹⁷⁸, ressaltando a tendência daquela Corte no sentido de objetivar o Recurso Extraordinário¹⁷⁹, sobretudo após a positivação do instituto da repercussão geral¹⁸⁰.

O referido julgado, embora consista em uma decisão monocrática, assinala a inclinação dos tribunais superiores em conceder natureza objetiva aos instrumentos processuais

¹⁷⁶ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida (...)”

¹⁷⁷ Decisão proferida no RE 647.827/PR (Tema nº 571/RG), rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 01/02/2018. Neste julgado, o tribunal superou o entendimento consolidado no Enunciado de Súmula 513.

¹⁷⁸ Destaca-se o trecho transcrito pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino:

“*Ementa: Recurso extraordinário. Repercussão Geral. 2. Preliminar. A Perda superveniente do interesse de agir não impede o julgamento da tese. (sem destaque no original).*”

Ministro Gilmar Mendes (relator): Ainda que assim não fosse, cumpre destacar a tendência da Corte no sentido de objetivar o recurso extraordinário, principalmente após a positivação do instituto da repercussão geral.

[...]

Notadamente, com o reconhecimento da repercussão geral, o processo passa a ter contornos objetivos, sendo necessária a definição da tese, independentemente da vontade das partes, uma vez que o próprio STF já entendeu que a questão de fundo precisa de ser discutida à luz da CF/88.

Ministro Marco Aurélio (vogal): O fato de o Estado recorrente ter reconhecido que a recorrida não poderia ser alcançada pela expulsória, em razão da idade, não prejudica, ante a repercussão geral, a análise da matéria de fundo.”

Cabe ressaltar que já no julgamento da Reclamação 383, ocorrido em 11 de junho de 1992, o Supremo Tribunal já havia admitido recurso extraordinário desvinculado de uma causa subjetiva, em face de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por município perante o Tribunal de Justiça local, quando a norma constitucional estadual reproduz norma constitucional federal de observância obrigatória pelos estados.

Ministro Luiz Fux: “A parte pode até desistir e, digamos assim, evitar que se analise o caso concreto, mas o processo já tem objetivação no momento em que transcende ao interesse da parte a repercussão geral.”

¹⁷⁹ Este já era, inclusive, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes há algum tempo, como se pode perceber do seguinte trecho extraído de sua obra doutrinária: “Ao contrário do que se verifica nas demais instâncias, que só poderão declarar a inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa, o STF entende possível que, verificada a inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deve ele emitir juízo quanto à validade da norma, ainda que esta se mostrasse dispensável à solução da controvérsia (...) Tem-se aqui também um *quid* de objetivação do processo de controle incidental no âmbito da Excelsa Corte.” E, comentando o instituto da repercussão geral, consagrado pela emenda constitucional nº 45/2004, menciona que “a adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São paulo: Saraiva, 2009. p. 1125-1126).

¹⁸⁰ Neste julgado o tribunal superou o entendimento consolidado no Enunciado de Súmula 513.

ligados ao *microsistema de litigiosidade repetitiva*¹⁸¹, no qual se encontram os Recursos Especiais e Extraordinários repetitivos, o Incidente de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência.

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça¹⁸², à semelhança do referido entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao Recurso Extraordinário, já havia se posicionado no sentido de considerar eficaz a desistência da ação principal ou do recurso e, ainda assim, ser possível a fixação da tese jurídica a ser aplicada aos demais casos¹⁸³.

Portanto, diante dos contundentes argumentos expostos em favor da natureza objetiva, reforçados pela tendência dos tribunais superiores nesse sentido, a qual deve ser seguida pelos tribunais de segundo grau, passaremos a adotar a concepção objetiva do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

2.3. As Partes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

A partir da conclusão aqui realizada de que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas diz respeito a um procedimento de natureza objetiva, podemos refletir sobre quem poderá figurar como parte no incidente.

O Código de Processo Civil não trata de maneira clara o tema, trazendo apenas previsões sobre: os legitimados para requerer a sua instauração¹⁸⁴ (juiz ou relator, partes das demandas repetitivas, Ministério Público e Defensoria Pública); a participação obrigatória do

¹⁸¹ Expressão utilizada por Dierle Nunes ao se referir aos institutos criados pela lei 13.105/2015 para a “solução de demandas seriais, de alta intensidade ou de massa que engloba demandas motivadas por pretensões isomórficas, que se tornaram um dos maiores desafios da processualística brasileira após o advento da Constituição de 1988 e do aumento exponencial de demandas que a cláusula de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/1988) viabilizou.” (NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; e outros (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2320).

¹⁸² Como ocorreu no julgamento da Questão de Ordem no Resp. 1.063.343/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJ 04.06.2009: “É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia.”

¹⁸³ No mesmo sentido, e mais especificamente quanto ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, versa o Enunciado de nº 604 do Fórum Permanente de Processualista Cívico, ocorrido na cidade de Recife, durante os dias 9, 10 e 11 de março de 2018: “(arts. 976, § 1º; 987). É cabível recurso especial ou extraordinário ainda que tenha ocorrido a desistência ou abandono da causa que deu origem ao incidente. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de Competência).”

¹⁸⁴ “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, de ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.”

Ministério Público¹⁸⁵ ao longo de seu processamento; e a oitiva das *partes* e dos *demaís interessados*, por meio de petições e audiências¹⁸⁶, sem, contudo, definir exatamente o que se poderia compreender dessas duas últimas expressões.

Há dúvidas, por exemplo, se as *partes* mencionadas pelo Código no artigo 983 seriam as dos processos sobrestados ou as próprias partes do Incidente em si, e sobre quem seriam exatamente os *demaís interessados* a que faz menção, podendo ser entendidos tanto como as partes dos processos suspensos como outros sujeitos e entidades que possuam outro interesse na questão de direito controversa, que não necessariamente jurídico, como interesse político, econômico, social, acadêmico, cultural ou religioso.

A redação do artigo 984 do Código, por sua vez, parece transpor para o Incidente as bases do processo individual no qual houve sua instauração, na medida em que concede maior tempo de exposição ao “autor e réu do processo originário” e ao Ministério Público, conferindo 30 minutos de sustentação oral para cada um, enquanto os “demaís interessados” teriam somente 30 minutos para ser compartilhado entre todos. Desta maneira, autor e réu do processo originário poderiam ser consideradas as próprias partes do incidente, apenas agregando-se a elas a participação do Ministério Público, na posição de *custos legis*, e a participação ocasional e não obrigatória de *interessados*, sem, ainda, defini-los.

Tal coincidência entre as partes do incidente e do processo originário seria viável, e até mesmo óbvia, caso tivesse sido adotada a sistemática da *causa-piloto*, na qual a questão de direito repetitiva seria julgada em meio à causa subjetiva. Já em se tratando de um processo

¹⁸⁵ “Art. 976. É cabível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando houver, simultaneamente:(...)”

§ 2º. Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.”

¹⁸⁶ “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;

b) os demaís interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

§ 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.” (Grifo nosso.)

objetivo, não há razão para a manutenção dessa configuração, até mesmo porque aquelas partes não necessariamente serão as mais qualificadas para conduzir os debates ou defender os interesses de todos os que por ela serão afetados em suas demandas particulares¹⁸⁷.

Com essa configuração corre-se o risco de um *litigante habitual*¹⁸⁸, com maiores recursos financeiros e conhecimento técnico, poder escolher uma determinada demanda em que o autor tenha apresentado fundamentação mais frágil para nela suscitar o Incidente, de maneira a aumentar as chances de que o julgamento final lhe seja mais favorável¹⁸⁹.

¹⁸⁷ A observação é feita também por Igor Rossoni, ao comentar o Projeto de lei nº 166/2010: “Outro aspecto que deixou o projeto a desejar é no concernente à adequada escolha do ‘líder’ e à participação dos interessados no procedimento-modelo perante o Tribunal. Pela redação do art. 902, caput, §§ 1º e 2º, partes no incidente são as mesmas do processo original, o que, talvez, acarrete em uma não-adequada representação dos interesses dos demais envolvidos.” (ROSSONI, Igor. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso? Disponível em: <https://www.academia.edu/271495/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demanda_repetitivas_e_a_introdu%C3%A7%C3%A3o_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avan%C3%A7o_ou_retrocesso>, acesso em 23/01/2019); e por Renato Xavier da Silveira Rosa: “É de perplexo apontamento que não haja controle da representatividade adequada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ainda que não nos moldes das *class actions* norte-americanas, ao menos conforme proposto na doutrina nacional.” (ROSA, Renato Xavier da Silveira. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS nº 166/2010. Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco — USP. São Paulo, 2010, mimeografado).

¹⁸⁸ Como aponta Heitor Vitor Mendonça Sica, a existência desses litigantes é marcante em nossa realidade: “Por força desse e outros fatores, o Poder Judiciário brasileiro, desde meados da década de 1990, passou a enfrentar um quadro crônico de congestionamento, que pode ser atribuído em grande medida à litigiosidade repetitiva. Essa afirmação se baseia em alguns dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que se propôs a identificar os ‘100 maiores litigantes’ do Brasil. Constatou-se que 79,23 milhões de processos (num universo de aproximadamente de 83,4 milhões), tem em um dos seus polos um desse seletivo grupo de litigantes habituais, destacando-se nesse universo os entes da Administração Pública, direta ou indireta, em esferas federal, estadual e municipal (51%), bancos (38%) e empresas de telefonia (6%). Esses sujeitos seriam candidatos naturais a serem réus em processos coletivos, pois se relacionam necessariamente com pluralidades indetermináveis de indivíduos. Contudo, em vez disso, tornam-se parte de milhões de processos individuais”. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Linhas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/17570697/2015_-_Linhas_fundamentais_do_novo_CPC_brasileiro>, acessado em 19/01/2019).

¹⁸⁹ Luiz Guilherme Marinoni aponta o risco que esta má formação das partes no incidente pode oferecer: “(...) se aquele a quem são atribuídos os ilícitos que deram origem às demandas repetitivas pode requerer a instauração do processo e dele participar, mas a mesma autorização de requerimento só oportuniza a participação do litigante-lesado de uma das demandas repetitivas, o incidente certamente é o procedimento ‘dos sonhos’ daquele que habitualmente viola direitos em massa, que, assim, deve estar muito agradecido à generosidade do legislador. Uma das partes, aquela que é ré em todas ou em grande parte das demandas repetitivas, participará efetivamente do incidente, enquanto que as centenas ou milhares de litigantes lesados que exerceram o direito fundamental à tutela jurisdicional estarão excluídos da discussão” e complementa: “o processo originário, que deu origem ao incidente, pode ser estrategicamente identificado pelo litigante que é parte em todas as demandas repetitivas para ter a oportunidade de se defrontar perante o tribunal com parte cujo advogado não vem se esforçando na defesa do seu constituinte, ou já apresentou peças processuais com argumentação suficiente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76 e 42).

Ademais, a indicação legislativa a respeito das partes difere completamente da configuração adotada pelo *procedimento-modelo* alemão, que serviu de inspiração para o Incidente, no qual, como visto, é nomeado um *líder* para os diversos autores e outro para o réu, os quais conduzirão os debates e que poderão, inclusive, ser escolhidos pelas partes, sem prejuízo da ampla participação dos autores dos processos suspensos.

Assim, entendendo-se que a questão de direito controversa objeto do Incidente deva ser julgada de maneira separada à causa do processo que lhe deu origem, há de se pensar uma nova forma de configuração dos polos do Incidente que não a simples reprodução do processo originário.

Em nosso ordenamento jurídico, somente as ações de controle concentrado de constitucionalidade foram tradicionalmente concebidas como processos objetivos. No entanto, muito embora delas se possa extrair algumas noções básicas sobre essa forma de procedimento, não poderão ser copiadas em sua literalidade ao incidente ora analisado, justamente por possuírem peculiaridades próprias, ligadas à sua específica finalidade.

É que a Ação Direta de Inconstitucionalidade diferencia-se dos processos subjetivos convencionais, uma vez que não visa a tutela de situações subjetivas, mas sim a defesa da Constituição, a coerência da ordem constitucional. Os legitimados ativos da Ação Direta, ao provocarem o órgão jurisdicional competente, não buscam a tutela de direito subjetivo, mas a defesa da ordem constitucional. Assim, não há lide (no sentido carneluttiano¹⁹⁰), nem partes (salvo no sentido formal), já que não há interesses concretos em discussão¹⁹¹.

Pela mesma razão, a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

¹⁹⁰ Acerca do entendimento de Carnelutti sobre a lide, versam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “CARNELUTTI, entretanto, partiu da ideia de lide entre duas pessoas — compreendida como conflito de interesses individual ou, mais precisamente, marcada pela ideia de litigiosidade, conflituosidade ou contenciosidade — para definir a existência de jurisdição. A lide, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença de jurisdição. Havendo lide, a atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 40-41).

¹⁹¹ Sobre o tema, versa Clèmerson Merlin Clève: “Trata-se, porém, de ação que inaugura um ‘processo objetivo’. Um ‘processo’ que se materializa, do mesmo modo que os demais, como instrumento da jurisdição (constitucional concentrada); por meio dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, entretanto, como meio para a composição de uma lide. É que, sendo ‘objetivo’, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 142.)

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, vedam a possibilidade de intervenção de terceiros¹⁹² nessas ações.

Ocorre que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, apesar de ser analisado de maneira descolada da lide do processo em que teve origem, não se destina à pura solução de questões de direito em abstrato para o resguardo da ordem jurídica, mas sim para a determinação da interpretação de um certo direito, partindo de casos concretos e a eles se destinando ao final. Neste procedimento há, portanto, uma *objetivação*, mas não uma *abstrativização*.

Desta maneira, inevitavelmente as partes dos processos suspensos e que, portanto, contenham a mesma questão de direito controversa, terão interesse jurídico em participar da formação da decisão, já que serão diretamente afetados pela tese nele firmada no momento da resolução de suas demandas individuais e, assim, em seus direitos subjetivos.

É inequívoco, pois, que esses sujeitos deverão de alguma forma participar das discussões, colaborando com argumentos e evidências para a formação do convencimento do juízo acerca da questão de direito controvertida¹⁹³, podendo, inclusive, recorrer da decisão¹⁹⁴.

¹⁹² “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.”

“Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.”

¹⁹³ O conhecimento acerca da instauração e julgamento do incidente por essas partes se daria, em nosso entender, tanto pela intimação de suspensão de seus processos, mencionado no artigo 982, inciso I e parágrafo primeiro da lei 13.105/2015, como pela “ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça” e pelo “banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente” dos tribunais, nos termos do artigo 979 do mesmo diploma legal. Entendemos, ainda, que seria salutar que os tribunais fornecessem ampla divulgação desses bancos de dados em suas páginas oficiais e redes sociais na internet, permitindo rápido e fácil acesso a tais informações.

¹⁹⁴ A lei 13.105/2015 novamente silencia a respeito dos legitimados para a interposição de recurso da decisão formada no incidente. Mas, como a permissão de participação das partes dos processos suspensos se mostra imprescindível para o respeito ao princípio do devido processo legal, naturalmente deverão ter a possibilidade de apresentar recurso dessa decisão. Neste mesmo sentido se manifesta Aluisio Gonçalves de Castro Mendes: “a intervenção não deve se limitar ao procedimento perante o tribunal de segundo grau. Portanto, a possibilidade de interposição de recurso, extraordinário ou especial, conforme o caso, diretamente contra a decisão de mérito proferida no IRDR é fundamental.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 228). Marcos de Araújo Cavalcanti salienta que essa legitimidade adviria da aplicação do artigo 996 da lei 13.105/2015, uma vez que este estabelece que o recurso pode ser interposto pelo *terceiro prejudicado* (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 304). Também atribuem legitimidade recursal a essas partes: Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 290); José Miguel Garcia Medina (MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.330 e 1.331); Sérgio Cruz Arenhart (ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. Disponível em:

<http://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES>, acesso em 16/09/2016); Sofia Temer (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas**

A participação desses no incidente funcionará, pois, como um meio de agregar argumentos para formar a melhor decisão possível e para legitimar a atuação do judiciário na construção da interpretação que será concedida à questão. Afinal, como já visto, o direito ao contraditório não pode ser visto unicamente como o direito de contradizer, de participar e falar no processo, mas de influenciar de alguma maneira a decisão, de forma que suas razões sejam levados ao julgador e por ele sejam consideradas¹⁹⁵.

Tais partes poderão participar diretamente do Incidente, se assim o desejarem¹⁹⁶, e desde que comprovem possuir novos argumentos para contribuir para o debate acerca da questão de direito objeto do Incidente. Afinal, como a questão discutida poderá atingir milhares de pessoas, sobretudo quando se tratar de questão de direito processual, podendo alcançar demandas das mais diversas matérias e pretensões, e como o objetivo primordial do Incidente não é resolver o direito subjetivo da parte, mas sim definir o entendimento do tribunal a respeito da questão de direito, entendemos que a condição de a parte apresentar novos argumentos que enriqueçam as discussões é perfeitamente plausível e recomendável.

Quanto à natureza dessa participação, parte da doutrina tem defendido que seria uma assistência simples¹⁹⁷ ou litisconsorcial¹⁹⁸. Para que um terceiro intervenha como assistente, é

Repetitivas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 245-248); o Enunciado 94 do Fórum Permanente de Processualistas Civis de março de 2017: “(art. 982, §4º; art.987) A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.”

¹⁹⁵ Como ressalta Renzo Cavani: “Já não se trata apenas de um direito de conhecer e reagir, mas principalmente de um verdadeiro direito de influência no desenvolvimento do processo e na formação da decisão que, como ato de poder do Estado, será suportada pelas partes. O contraditório já não pode ser entendido apenas como a caracterização da essência do processo. Se é bem verdade que esse enquadramento é absolutamente correto, o contraditório não pode se esgotar nessa dimensão, mas, na realidade, deve ser visto como valor-fonte do próprio processo, capaz de promover o exercício de uma democracia participativa e o de ser um instrumento adequado para a busca da verdade no processo.” (CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 218, p.65, abr. 2013).

¹⁹⁶ No mesmo sentido, entendem Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 125), e Sofia Temer (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 175 - 182).

¹⁹⁷ Nesta linha, Bruno Dantas afirma que “duas modalidades de intervenção de terceiros são admissíveis no IRDR: a do *amicus curiae* e a do assistente simples (...) o assistente simples deve possuir interesse jurídico na questão. Isto é, a eventual decisão favorável a uma das partes deve impactar indiretamente a relação jurídica da qual faz parte, tal como prevê o *caput* do art. 119. Deve-se realçar que a parte que se depara com a suspensão de seu processo por força da instauração do IRDR detém, *tout court*, interesse jurídico suficiente para viabilizar sua intervenção na qualidade de assistente simples daquela parte processual do processo-piloto que sustenta tese jurídica idêntica à sua.” (DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.) **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2.193). No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo Código de Processo Civil, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p. 333-362, maio de 2015;

necessário que possua *interesse jurídico*, tradicionalmente entendido como uma relação jurídica existente entre o terceiro e uma das partes do processo, conexa ou dependente da relação jurídica nele discutida.

Ocorre que, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, as partes dos processos sobrestados podem não possuir relação jurídica alguma com as partes do incidente, já que a questão de direito objeto do procedimento poderá atingir situações jurídicas diversas, em processos ajuizados não contra o mesmo sujeito ou em razão do mesmo fato. Por outro lado, não se pode negar que tenham um *interesse jurídico* para intervir, já que sua causa individual será diretamente afetada pela decisão¹⁹⁹.

Há necessidade, portanto, de rever o conceito de *interesse jurídico* de terceiros para intervirem nos novos mecanismos processuais estabelecidos pelo Código de Processo Civil que determinam a vinculação de suas decisões *erga omnes*, sobretudo no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no qual se impede a discussão da questão pelas partes dos processos sobrestados em suas lides individuais.

Não há por ora como enquadrar essa participação das partes dos processo suspensos nas clássicas formas de intervenção de terceiros, como a assistência, a menos que essa seja

CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 2015. p. 454); DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 608.

¹⁹⁸ Leonardo Carneiro da Cunha já defendia esta posição em 2011: “Enquanto não definida a tese jurídica a ser aplicada aos casos repetitivos, as partes de cada um dos respectivos processos podem intervir no mencionado incidente, contribuindo com o convencimento do tribunal. Tais partes têm interesse jurídico no resultado a ser obtido com o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Quer isso dizer que as partes das causas repetitivas, cujo processamento deve suspender-se ante a instauração do aludido incidente, podem nele intervir, fazendo-o na condição de assistentes litisconsorciais, exatamente porque a questão jurídica discutida também lhes diz respeito. Na verdade, o referido incidente representa a controvérsia, concentrando, no tribunal, todas as demandas que se fundam na questão jurídica a ser ali examinada. As partes de cada processo repetitivo podem tornar-se, igualmente, partes no mencionado incidente, nele intervindo na condição de assistentes litisconsorciais.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, mar.2011).

¹⁹⁹ “De fato, estando evidenciada a tendência do direito processual civil em criar mecanismos vinculantes, tornando obrigatória a adoção de conclusões de algumas decisões judiciais e havendo clara repercussão dessa imposição sobre a esfera jurídica de terceiros — que seriam, segundo os critérios tradicionais, indiferentes ou desinteressados e, portanto, proibidos de intervir no processo inter alios — é preciso repensar o requisito que se exige para admitir a participação destes no feito.” (ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. Disponível em:

<http://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES>, acesso em 16/09/2016.)

concedida uma nova interpretação²⁰⁰, permitindo sua acomodação ao problema em análise. De qualquer forma, entendemos que o relevante será a efetiva permissão de participação dessas partes, ao menos em tese, restando, a critério do magistrado, analisar a sua pertinência diante dos pedidos que se lhe apresentem.

Esta participação, por lógica, não será obrigatória, podendo, como já mencionado, ser solicitada ou não pela parte. Assim, há possibilidade de que, em algumas situações, talvez não raras, nenhuma das partes dos processos sobrestados tenha requerido a participação no incidente ou que nenhuma tenha sido admitida em razão de sua inaptidão em demonstrar que possa agregar argumentos ao debate.

Por isso, não há como se defender que esta simples participação ocasional de algumas partes dos processos suspenso possa suprir o déficit de representação das demais ausentes, a fim de vinculá-las à decisão final do incidente. Tampouco há como afirmar que essas partes possam ser concebidas como representantes adequados, capazes de conduzir os debates em nome de todas as excluídas.

Dentro desse raciocínio, entendemos que o representante adequado dos sujeitos ausentes (partes dos processos suspensos) necessariamente deve compor o posto de *parte* no Incidente, tendo esse ampla oportunidade de participação, como, por exemplo, o tempo para a sustentação oral à que faz referência o artigo 984 do novo Código.

Sem tal equiparação, e sem o controle da adequação desse representante, o Incidente restará inevitavelmente eivado de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio do contraditório²⁰¹.

²⁰⁰ Sofia Temer sugere uma nova designação, denominando essa intervenção de “assistência para formação de precedente”, uma vez que, em sua visão, a participação das partes dos processos sobrestados se daria com a finalidade desses contribuírem com novos argumentos para a melhor formação do “precedente”. (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 171). A nosso ver, no entanto, o incidente não forma precedente (como se verá nas próximas linhas), tampouco a finalidade da participação seja essa, mas a proteção de seu próprio interesse, sendo a análise de sua contribuição com novos argumentos antes um requisito para a verificação da *utilidade* de sua intervenção, não do *interesse* propriamente dito. Neste sentido, Fredie Didier comenta: “para serem admitidos como intervenientes no incidente, é preciso que demonstrem a *utilidade* de sua intervenção. É preciso, em outras palavras, que demonstrem que têm novos argumentos para apresentar, podendo contribuir efetivamente (e com utilidade) da discussão e da formação do precedente.” (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 608).

²⁰¹ Como menciona Luiz Guilherme Marinoni: “A necessidade de representação adequada é algo que deriva natural e necessariamente do incidente de resolução de demandas, haja vista a exclusão da viabilidade de participação direta dos litigantes que sustentam suas razões nas demandas que restam paralisadas. Só a representação adequada legitima a suspensão do exercício dos direitos de ação e de defesa, tornando o incidente conforme os direitos

A participação direta de algumas partes dos processos suspensos terá, pois, a função de complementar, enriquecer a discussão. Já a do representante adequado, terá a finalidade de legitimar o procedimento, permitindo a vinculação a todos os ausentes.

O fato de o legislador não ter previsto a participação de um representante das partes dos processos sobrestados parece repousar na ideia de que o incidente consistiria em uma técnica para a formação de *precedentes*, na qual os litigantes de futuras demandas a que será aplicado não fizeram parte do julgamento que lhe deu origem²⁰².

De fato, no âmbito do *stare decisis* norte-americano, não há participação desses sujeitos, tampouco de um representante adequado, mas isso graças a uma lógica própria daquele sistema, que não é aplicável ao Incidente. O *precedente*²⁰³ é formado a partir de um entendimento firmado pelos tribunais superiores, fruto de um amadurecimento diante do julgamento reiterado de casos semelhantes, e em meio a uma demanda específica.

As partes dessa demanda na qual foi formado o *precedente* naturalmente a ele estarão vinculadas por força da coisa julgada, e os demais litigantes poderão, em seus processos individuais, questionar sua aplicação, argumentando que as circunstâncias da causa em que aquele fora elaborado são diversas das presentes em seu caso, cujas particularidades não permitem a ampliação do alcance do *precedente*.

No sistema de *precedentes*, a aplicação da *ratio decidendi*, identificada na fundamentação da decisão, a um outro caso, exige o confronto dos fatos do caso paradigma com as razões adotadas pelo colegiado para a formação da decisão para, então, poder-se concluir que deva ser dado o mesmo tratamento pelo Poder Judiciário.

fundamentais processuais”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 83).

²⁰² Esta impressão é para nós evidenciada pela redação do artigo 979 da lei 13.105/2015, que faz alusão a conceitos próprios do sistema de precedentes, como “teses jurídicas” e “fundamentos determinantes da decisão”:

“Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

(...)§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.” (Grifo nosso.)

²⁰³ Para maior aprofundamento sobre o tema, recomendamos a leitura de: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Já o Incidente, como não formado em meio a uma demanda, não permitirá a comparação dos fatos do caso em que firmada a *tese jurídica* com os do caso em julgamento pelo magistrado. As partes dos processos sobrestados poderão somente argumentar no sentido de que a questão de direito decidida no Incidente não é a mesma que a discutida em seus processos. Caso seja, não haverá espaço para argumentação ou distinção alguma.

Isso ocorre porque os *precedentes* trabalham com a regra da *universalidade*, a qual determina que as razões de decidir devem ser aplicáveis ao maior número de casos *semelhantes* possíveis. Já o Incidente pretende regular uma *mesma questão* repetida em diversos processos, ou seja, uma questão de direito *idêntica* replicada em inúmeras demandas²⁰⁴.

Por essas razões, a força vinculante da decisão do Incidente se aproxima muito mais da concepção norte-americana do *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*), do que do sistema do *stare decisis*. Aquele proíbe que uma parte que tenha participado de um julgamento anterior, no qual uma determinada questão lhe fora decidida desfavoravelmente, volte a discuti-la em uma outra demanda, mesmo que a outra parte não seja a mesma.

Mas observe-se que o *collateral stoppel* apenas pode prejudicar o litigante que tenha participado do processo anterior, e que tenha tido a ampla e justa possibilidade (*full and fair opportunity*) de discutir a *questão*, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal. Não há, portanto, como vincular os litigantes a uma decisão firmada em um processo do qual não fizeram parte, direta ou indiretamente, e sem possibilidade de que venham a discutir o seu mérito. No Incidente, não há possibilidade de distinção, ao menos na forma como concebida no sistema de precedentes, mas apenas de verificação quanto à questão de direito decidida ser ou não idêntica à presente no caso concreto a ser julgado.

Não se enquadrando, pois, na concepção de *precedente*, mas sim de coisa julgada sobre questão (como conhecido no Brasil o *collateral stoppel*)²⁰⁵, a única possibilidade de se

²⁰⁴ “A decisão de uma *mesma* questão ou de uma *questão idêntica* gera a impossibilidade de relitigá-la e não a regulação de casos por meio da consideração da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes, que conferem ampla latitude ao juiz do caso para dizê-lo capazes de regulá-lo ou não.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 72).

²⁰⁵ Já tivemos a oportunidade de defender a natureza de *coisa julgada sobre questão* da decisão proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em artigo publicado na Revista de Processo. Para conferir mais detalhes deste posicionamento sugerimos a leitura: KLETEMBERG, Melina Faucz. Coisa Julgada e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 288, p. 301-324, fev. 2019. Este também é o entendimento de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna: “Em verdade, parece claro que a sistemática adotada aqui trabalha com a lógica da coisa julgada sobre a solução da questão de direito e não com a racionalidade dos precedentes (...) O instituto não está preocupado — nem pode estar — com a *evolução do Direito*; precisa, sim,

resgatar a constitucionalidade do instituto é por meio da presença de um representante adequado desses “litigantes-sombra”²⁰⁶ em seu procedimento²⁰⁷.

Parece-nos, assim, que o mais indicado seria a escolha de um líder para os autores e outro para o(s) réu(s), à semelhança do procedimento-modelo alemão. Poder-se-ia pensar até mesmo na nomeação de mais de um líder para cada um desses, caso haja interesses conflitantes entre os ocupantes de um mesmo polo. Mas, de qualquer maneira, o líder deverá representar adequadamente, ou seja, efetivamente os interesses das partes.

Para nós, a participação do representante adequado dos ausentes na categoria de *parte* é de importância fundamental para assegurar o respeito ao princípio do contraditório e do devido processo legal²⁰⁸ e, assim, condição de validade do procedimento.

Após tudo o que afirmamos até agora, podemos observar que a figura do legitimado para solicitar a instauração do incidente ao presidente do tribunal, concedida ao juiz ou relator, partes das demandas repetitivas, Ministério Público e Defensoria Pública, não se confunde com

gerar previsibilidade, isonomia e, com isso, reduzir a quantidade de demandas perante o Judiciário, seu principal propósito.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 382-384). Sobre o tema, recomendamos também a consulta de: MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada sobre Questão, Inclusive em Benefício de Terceiros*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259/2016, p. 97-116, set. 2016; DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018; MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; e TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil**: estática e dinâmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁰⁶ Expressão do Min. Herman Benjamin no voto vencido no REsp 911.802/RS, j. 24.10.2007, rel. Min. José Delgado.

²⁰⁷ “Em síntese, não se deve estranhar o fato de efeitos da decisão judicial atingirem terceiros. O que a ordem jurídica brasileira não tem tolerado é que tais efeitos possam atingir essas pessoas sem que se dê a elas possibilidade de esboçarem reação a tanto, ou que possam opor-se a esse comando. Enfim, o que não pode ocorrer é que esses efeitos atinjam aquele que não foi parte – nem foi chamado para participar do processo – de modo irreversível ou indiscutível (com estabilidade de coisa julgada).” (ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. Disponível em:

<http://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES>, acesso em 16/09/2016.)

²⁰⁸ Como menciona Fredie Didier, o princípio do devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo, formado pela junção de outros direitos fundamentais em uma construção histórica, com a “função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade dos direitos” (...) “Ao longo dos séculos, inúmeras foram concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o *devido processo*. Não é lícito, por exemplo, considerar *desnecessário* o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes ao *devido processo legal*.” (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 18. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 67-69). Observamos que o respeito à esse princípio já era uma preocupação de Antonio Adonias Aguiar Bastos em 2009, quando a doutrina começava a falar em *ações de grupo*, como uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual. (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. In: DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009).

a das *partes* do incidente a ser instaurado²⁰⁹. Ora, por óbvio, juiz e relator não poderiam assumir este papel, e, quanto aos demais, as partes das demandas repetitivas somente estarão nessa condição se forem escolhidas como um dos líderes/representantes que comentamos. Apenas o Ministério Público e a Defensoria Pública, a nosso ver, poderiam ocupar a posição de *parte* propriamente dita, ao lado dos líderes/representantes dos autores e réus.

Por isso, entendemos que, quando o artigo 983 do Código de Processo Civil fala em “partes”, nela estão abrangidos os representantes adequados dos autores e réus dos processos repetitivos, o Ministério Público²¹⁰ e, eventualmente, a Defensoria Pública²¹¹; enquanto a expressão “demais interessados” está a se referir às partes dos processos sobrestados que requeiram sua participação direta no Incidente e sejam admitidas²¹².

²⁰⁹ Neste mesmo sentido se manifesta Luiz Guilherme Marinoni: “Enfim, também é fácil perceber que o poder conferido às partes, Ministério Público e Defensoria Pública é para requerer a instauração do incidente e não para defender ou tutelar os direitos dos vários litigantes presentes nos casos que pendem.” (MARINONI, Luiz Guilherme. O “Problema” do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 249, ano 40, p. 399-419, nov. 2015. p. 408).

²¹⁰ O Ministério Público possui participação obrigatória no incidente, na condição de *custus legis* (como determina o artigo 976, parágrafo segundo da lei 13.105/2015). Entendemos que mesmo nos casos em que ele tenha suscitado o incidente também atuará na condição de fiscal da lei, uma vez que seu intuito seria a proteção dos valores da isonomia, segurança jurídica e otimização dos trabalhos do Poder Judiciário, mesmo que tenha eventualmente já se posicionado quanto à uma determinada interpretação da questão de direito. A única exceção que visualizamos é de quando o referido ente, na condição de parte de um dos processos repetitivos, solicita o incidente que vêm a ser efetivamente instaurado. Nessa hipótese, entendemos que o Ministério Público poderá vir a ser *parte* caso seja o escolhido para figurar como líder/representante das partes dos processos suspensos.

²¹¹ A Defensoria Pública poderá, em nosso entender, atuar na condição de *parte* quando tiver suscitado o incidente, seja como representante das partes de processos sobrestados, quando ela for parte em um dos processos repetitivos e tenha sido escolhida como representante dos ausentes; seja, fora da hipótese anterior, como *parte* ao lado dos representantes dos autores e réus.

²¹² A questão está longe de ser pacífica na doutrina, havendo as mais diversas opiniões. Luiz Guilherme Marinoni entende que a expressão “partes” denominaria as partes do processo originário juntamente com o representante adequado, enquanto “interessados” e “pessoas, órfãos e entidades com interesse na controvérsia” seriam os *amici curiae* (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016); Rodolfo de Camargo Mancuso entende “partes” seriam as partes dos processos sobrestados, “demais interessados” seriam as partes de processos com a mesma questão de direito discutida no incidente, e “pessoas, órfãos e entidades com interesse na controvérsia” seriam os *amici curiae* (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 258); Nelson Nery e Rosa Nery entendem que “pessoas, órfãos e entidades com interesse na controvérsia” não poderiam ser *amici curiae* já que, em suas concepções, esse não poderia ter interesse algum na controvérsia (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 259); Marcos de Araújo Cavalcanti entende que a expressão “partes” compreenderia as partes do processo originário e as partes dos processos suspensos que solicitarem sua participação, quando atuariam como assistentes litisconsorciais (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 238), entendemos delicado esse posicionamento, uma vez que as partes dos processos sobrestados, embora tenham interesse jurídico no feito, podem não possuir relação jurídica alguma com o autor ou com o réu do processo originário ou com quem venha a ocupar a posição de representante desses; Luiz Henrique Volpe Camargo menciona que a expressão “pessoas” designaria as “partes dos processos suspensos ou os titulares do direito objeto da controvérsia que ainda não tiverem submetido a questão à apreciação do Poder

Quanto aos termos “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (artigo 983, *caput*) e “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (artigo 983, parágrafo primeiro), entendemos que o legislador se refere à figura do *amicus curiae*, a qual será mais bem detalhada por nós no quarto capítulo deste trabalho.

Pelas mesmas razões, entendemos que, ao lado do Ministério Público mencionado no artigo 984, inciso II, alínea *a*, do mesmo diploma legal, devam estar os líderes/representantes autores e réu(s) dos processos repetitivos, possuindo todos o mesmo tempo de sustentação oral. Cabendo à expressão “demais interessados”, da alínea *b*, as partes dos processos sobrestados e as pessoas e entes que participarem como *amici curiae*²¹³.

Mais adiante (no quinto capítulo deste trabalho) detalharemos o que entendemos por “processo originário” a que se refere o artigo 984, inciso II, alínea *a*, acima mencionado. Por ora, cabe apenas salientar que não compreendemos a expressão como designativa do processo de onde tenha partido a solicitação de instauração do incidente.

A forma de eleição desses líderes/representante e a forma de controle de sua adequação consiste no objeto central deste trabalho e serão tratadas nos próximos capítulos. Para tanto, faz-se necessário tecer primeiramente considerações mais robustas acerca do instituto da representação em si e sua utilização dentro do processo civil brasileiro e estrangeiro, o que se fará a seguir.

Judiciário”. (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, e outros (Org.). *Novas tendências do processo civil*: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 301); para Alexandre Freitas Câmara “demais interessados” seriam as “partes de processos idênticos” e “pessoas, órfãos e entidades com interesse na controvérsia” seriam os *amici curiae* (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 488); Antonio do Passo Cabral entende que por “interessados” se poderia compreender “pessoas, órgãos ou entidades que tenham interesse econômico ou indireto” ou as “partes dos processos individuais em que se discuta a questão comum objeto do incidente”, já “pessoas, órfãos e entidades com interesse na controvérsia” seriam os *amici curiae* (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1460.

²¹³ No mesmo sentido: “Em seguida, os demais interessados (sejam *amici curiae*, sejam partes das causas repetitivas) poderão manifestar-se no prazo de 30 minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 48 horas de antecedência.” (CUNHA, Leonardo José da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 255-280, mar.2011. p. 266).

CAPÍTULO III

REPRESENTAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO INDIRETA NO PROCESSO CIVIL

3.1. A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO REPRESENTATIVO

Antes de adentrar na abordagem da representação e de como ela pode ou deve se dar em meio a uma demanda civil, cabe indagar a viabilidade constitucional de sua utilização.

De longa data, a participação em contraditório é tida pela doutrina nacional como o cerne do processo civil, fazendo parte de sua própria essência, de maneira que um processo sem participação em contraditório consistiria em mero procedimento²¹⁴.

Muitos autores chegam a vincular a participação com o respeito à dignidade humana e à essência do Estado Democrático, de maneira que, se o cidadão teria direito de participar das decisões do Estado nas esferas executiva e legislativa, igualmente o teria na judiciária²¹⁵. Somente assim as decisões judiciais seriam eivadas de legitimidade, um vez que, não sendo os membros do Poder Judiciário eleitos pela população, a participação dos sujeitos diretamente interessados na lide seria de fundamental importância para afastar eventual viés de arbitrariedade ou autoritarismo²¹⁶.

Mas não resta muito claro à qual forma de participação se referem. Observe-se que, se dentro da lógica apresentada, a participação direta e pessoal do indivíduo afetado for a considerada essencial para a existência de um processo legítimo, seria impossível justificar um

²¹⁴ Como menciona Fredier Didier Jr: "O processo é um procedimento estruturado em contraditório." (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 81).

²¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 111. Idéia também presente para Fredier Didier Jr: "O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder." (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 81).

²¹⁶ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, mencionam o posicionamento doutrinário que desloca a legitimidade para o procedimento (Elio Fazzalari), para o qual a participação efetiva e igual das partes no procedimento seria suficiente para legitimar o exercício da jurisdição, mas a criticam, apontando que faltaria neste pensamento a preocupação com o direito ao procedimento adequado à tutela do direito e com a necessidade de o procedimento estar atento às necessidades do direito material, o que seria obviamente imprescindível para a legitimidade do processo. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 468 - 471).

processo representativo, no qual os titulares do direito material não participam de seus atos, mas apenas são representados por uma terceira pessoa.

Uma solução possível para esse problema seria a ideia de que a representação constituiria em uma forma de participação (indireta), eliminando os problemas de sua inconstitucionalidade. Ocorre que, se isto é verdade, ou seja, se a participação individual pode ser facilmente substituída pela representação, restaria igualmente permitido ao legislador instituir diversas novas formas de processos representativos²¹⁷, para além dos já existentes, e sem limites, bastando que houvesse algum vínculo de proximidade, o que provocaria uma significativa mudança no perfil tradicional do processo civil brasileiro que é, costumeiramente, participativo (ou seja, com participação direta dos titulares dos direitos materiais envolvidos).

Em verdade, faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a participação e a representação, a fim de estabelecer quando um processo representativo pode ser considerado constitucional. Como visto, os argumentos postos pela doutrina nacional para a necessidade de participação no processo revelam-na como um valor essencial ao processo, permitindo o respeito à dignidade humana e à sua democratização, ou ainda como um meio para contribuir para a formação de uma decisão de melhor qualidade e justiça. Mas tais fundamentos podem receber algumas considerações.

A correlação entre participação processual e Estado Democrático, por exemplo, pode não oferecer bases tão concretas, seja pelo fato de seus conceitos serem abertos, variando no tempo e no contexto social e político do país, seja pelo fato de que, em momentos anteriores, mesmo sob uma constituição democrática, como a de 1946, a participação direta em processos judiciais e administrativos era muito mais restrita, apontando que nem sempre as duas condições estariam atreladas²¹⁸.

²¹⁷ Edilson Vitorelli menciona os exemplos de representação de um cônjuge pelo outro, em uma hipotética revogação do art. 73 da lei 13.105/2015, extinguindo a outorga matrimonial, assim como a citação obrigatória dos cônjuges, vinculando um cônjuge ao resultado da ação proposta pelo ou contra o outro; dos pais em relação aos filhos; e até mesmo de todas as pessoas que coabitassem em uma residência e que tivessem os mesmos interesses em relação ao objeto litigioso. Segundo o autor, em todos esses casos o vínculo existente entre representante e representado seria mais forte, devido a seus laços de proximidade, do que o existente entre os legitimados ativos das ações coletivas e os titulares dos direitos representados, justificando mais facilmente a sua instituição. (VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 168 - 170).

²¹⁸ VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 179.

Até mesmo na Sociologia e na Ciência Política, a ideia de que a participação direta do cidadão seria fundamental para a democracia apresenta alguma controvérsia. Teóricos da democracia contemporânea, como Joseph Schumpeter²¹⁹, autor que marcou profundamente sua época, defendem uma revisão do que esse denominou de *teoria clássica da democracia*. Sustenta o autor que os únicos meios de participação que deveriam ser ofertados aos cidadãos seriam o voto, para a eleição de um líder, e alguns espaços restritos e delimitados de discussão. A partir de sua teoria, passou a ser frequente entre teóricos²²⁰ — e até mesmo no senso comum — a menção de que o indivíduo seria desinteressado ou pouco informado para os fins de participação direta na tomada de decisões relevantes ao Estado para além de situações específicas, como a das eleições.

Outro ponto que aponta para uma possível não consistência da participação direta em um valor absoluto é de que seria inviável conciliar uma participação infinita do sujeito no processo sem comprometer a efetividade da tutela de seus direitos, já que a demora processual também lhe onera²²¹.

²¹⁹ Com seu prestigiado livro *Capitalismo, socialismo e democracia* (1943), Joseph Schumpeter propôs uma nova versão da teoria da democracia ao caracterizá-la como um *método* político, um tipo de arranjo institucional para se chegar a decisões políticas — legislativas e administrativas —, diante das quais os indivíduos adquiririam o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo. Em sua visão, e ao contrário das *teorias clássicas* de democracia, a participação do cidadão assume papel secundário, reduzido à função de manter a máquina eleitoral, os *arranjos institucionais*, funcionando de modo satisfatório. Ou seja, a participação popular se limitaria ao voto, o qual permitiria a escolha do líder que tomaria todas as decisões em nome do povo. (PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 12 -14).

²²⁰ Podem-se mencionar: *Berelson*, para o qual a participação limitada e a apatia da maioria dos indivíduos teriam uma função positiva no conjunto do sistema ao amortecer o choque das discordâncias, dos ajustes e das mudanças, provocadas pela heterogeneidade da sociedade, mantendo a estabilidade do sistema democrático; *Dahl*, para quem um aumento da taxa de participação, com a inserção dos grupos de condição sócio-econômica baixa, poderia representar um perigo para a estabilidade do sistema democrático com o declínio do consenso a respeito das normas; *Sartori*, que apresenta o receio de que a participação ativa da população no processo político levasse direto ao totalitarismo. Segundo ele, o povo somente deveria *reagir* às iniciativas e políticas das elites rivais, e não *agir*, sendo isso, felizmente, o que ocorreria na prática. E essa apatia da maioria não seria provocada pelo analfabetismo, pela pobreza, pela insuficiência de informação ou pela falta de prática democrática, uma vez que não se aprenderia a votar, votando. Para ele, as pessoas só compreenderiam e se interessariam de fato por assuntos pelos quais têm experiência pessoal, ou por idéias que conseguiriam formular para si próprias, e nada disso seria possível para o cidadão médio, em matéria de política. (PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 15 - 21).

²²¹ Como mencionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “Houve um tempo em que o *tempo* não era visto como algo importante na vida do processo. Nesse mesmo período, o que interessava para o processualista era encarar o processo por um *ângulo estritamente interno de visão*, vendo-o tão somente a partir de *conceitos processuais* e dele expurgando tudo o que dissesse respeito ao direito material (...) Os sinais enviados pela prática mostraram, no entanto, que uma *adequada distribuição do ônus do tempo no processo e a percepção de que a técnica processual só tem sentido se vista na perspectiva da tutela dos direitos* são imprescindíveis para que a administração da justiça civil consiga obter seus fins de forma idônea.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 229).

Quanto ao segundo argumento posto pela doutrina, cabe observar que a participação de cada indivíduo no processo não necessariamente proporcionará aumento da qualidade da decisão, como no caso em que o sujeito tenha dificuldades financeiras e de informação para contribuir com o esclarecimento do caso²²².

Ademais, analisando-se o sistema processual, pode-se perceber que nosso ordenamento não prioriza a exatidão das decisões acima de outros valores, como os custos sociais e financeiros em se permitir que a parte proponha novamente demandas já julgadas, fazendo prevalecer a coisa julgada, mesmo que a parte tenha novas provas mais contundentes de seu direito.

A participação (direta) dos titulares do direito no processo, portanto, não pode ser considerada um elemento essencial do processo civil brasileiro, por sua ligação à dignidade da pessoa ou à democracia, sendo garantida apenas como um instrumento e na medida necessária para a adequada tutela dos direitos materiais envolvidos²²³, devendo ser garantida nos limites em que colabora para essa finalidade e sempre sopesada com outros valores igualmente relevantes para o ordenamento²²⁴.

Desta maneira, em alguns processos a representação se mostrará como um meio mais adequado em relação à participação direta das partes, seja para a realização dos direitos materiais, seja para assegurar outros valores que o ordenamento repute proeminentes, como a economia e a celeridade processual, sobretudo em um sistema processual sobrecarregado como o nosso.

²²² VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 195.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 470.

²²⁴ Este ponto relaciona-se com o princípio da proporcionalidade panprocessual desenvolvido por Remo Caponi: “Talvez seja possível elaborar ‘bússolas conceituais’ capazes de orientar o intérprete a um ponto de equilíbrio entre a proteção dos interesses individuais de quem age ou se defende em um processo específico, e os interesses, considerados em seu complexo, daqueles que são terceiros em relação a cada fato processual, ou seja, dos outros utentes potenciais ou atuais do serviço judiciário, interesses que se relacionam à gestão eficiente do conjunto de processos.” (CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, v. 192/2011, p. 397 - 415, fev. 2011). Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart: “Nessa ótica, portanto, o princípio da proporcionalidade deve considerar as garantias constitucionais (processuais) das partes, de um lado, e o interesse na eficiência da administração da justiça, no outro. A questão deve considerar os interesses daquele que age (ou se defende) em um processo específico, em um dos vértices do problema, e no outro, os interesses como um todo, dos terceiros em relação a esse processo, que são potenciais usuários do mesmo serviço judiciário.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 46).

E se a existência de processos representativos, nos quais os titulares dos direitos não participam de maneira direta, pode ser considerada constitucional, resta analisar o que se pode entender como representação.

3.2. A COMPREENSÃO DE REPRESENTAÇÃO

A representação é uma expressão utilizada em diversos sentidos, conforme o contexto social, econômico, político ou histórico, sendo existente, por exemplo, tanto na monarquia como na democracia, já que se pode afirmar que tanto um monarca como um presidente ou um primeiro-ministro representam seu país, independentemente da forma com que tenha se dado sua eleição.

De todo modo, pode-se mencionar que a representação contém a ideia principal de fazer presente algo ou alguém que não está presente de fato²²⁵. O que varia é em que sentido, ou em que termos, alguém ou alguma coisa pode ser entendido como presente quando está ausente, e quem pode determinar essa presença, ou seja, em quais condições se pode afirmar que a representação é existente e quem pode fazer essa afirmação.

Essas indagações são comuns quando se aborda o instituto da representação nos mais diversos meios e são colocadas tanto frente à representação processual civil, como à representação democrática ocidental. Desta forma, é possível recorrer à representação política, estudada no âmbito da Ciência Política, no interior da qual o tema foi mais amplamente debatido, para melhor compreensão de seu significado.

Neste âmbito, Hanna Fenichel Pitkin chega a uma tipologia das concepções de representação política. A primeira teoria acerca do tema que menciona é a da *representação por autorização prévia*, que teria sido elaborada, segundo a autora, por Thomas Hobbes. De acordo com a concepção deste, ao realizar o contrato social, o povo autorizaria o governante a agir em seu nome e, assim, constituir-lo-ia como seu representante. O povo é visto aqui de uma forma unitária e corporificada na figura do governante, o qual, por essa razão, exerce uma

²²⁵ No conceito de Pietro Costa: “(...) a representação é uma estratégia contra uma ausência por algum motivo insuperável; representar é colocar em cena, é criar uma presença evocativa ou substitutiva de uma realidade que não se apresenta (ou não se apresenta mais) a não ser de forma mediada (discursivamente, simbolicamente, ‘cenicamente’), mas nem por isso evanescente ou ‘irreal’.” (COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 155).

representação ilimitada²²⁶. As ações do governante são tidas como se dos governados fossem, sem passar pelo crivo de questionamentos, já que a única participação desses seria a concessão da autorização inicial hipotética²²⁷.

Com sua teoria, Hobbes procurava negar a existência de uma soberania coletiva prévia ao pacto social. Como ressalta Luis Felipe Miguel, não obstante suas intenções políticas, a concepção de Hobbes contribuiu para enfatizar a relação entre a comunidade e a representação, evidenciando que a representação não somente traduz os anseios da comunidade, mas também colabora com a sua própria formação²²⁸.

Essas orientações posteriormente viriam a embasar a *teoria do órgão* no Direito Administrativo e na Ciência Política, segundo a qual o representante estaria previamente autorizado pelos representados a agir em seu nome, vinculando-os por suas ações. Os agentes seriam o próprio Estado encarnado.

Outra visão formalista de representação é a da *representação por responsabilização a posteriori (accountability view)*, ou seja, pela necessidade de prestar contas ou ser responsável frente a alguém. Uma pessoa só é representante de outra porque deverá prestar contas de suas ações a esta futuramente²²⁹.

²²⁶ Segundo Thomas Hobbes, a própria figura do representante gera a comunidade política: “Uma multidão de homens é transformada em *uma* pessoa quando é representada por um só homem ou pessoa, de maneira a que tal seja feito com o consentimento de cada um dos que constituem essa multidão. Porque é a *unidade* do representante, e não a *unidade* do representando, que faz que a pessoa seja *una*. E é o representante o portador da pessoa, e só de uma pessoa. Essa é a única maneira como é possível entender a *unidade* de uma multidão.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1997 [1651]. p. 137).

²²⁷ PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1984. p. 2-3.

²²⁸ Nas palavras do autor: “(...) não se trata de um caminho de mão única, em que uma comunidade dada se faz representar. A representação contribui significativamente para formar a comunidade, fixando suas fronteiras, diferenciando-a de outras, homogeneizando-a internamente. Assim, é possível dizer, num sentido mais específico, que a representação desempenha um papel crucial na constituição das comunidades”. (MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014). Pietro Costa chega à mesma conclusão ao comparar a teoria de Hobbes com a representação moderna: “(...) a representação, então, por um lado, aproxima os representados dos representantes permitindo que os primeiros reconheçam-se nos segundos, mas, por outro lado, sanciona a radical separação entre os muitos e os poucos, entre a multidão e a elite, assegurando para esta última a mais ampla liberdade de movimento. Este é o paradoxo dentro do qual se inscreve o discurso moderno da representação: um paradoxo que, anunciado por Hobbes em um contexto junaturalista e absolutista, é confirmado no ambiente, mesmo radicalmente diferente, tanto do parlamentarismo inglês quanto do francês. Em ambos os casos, a representação não serve para registrar uma vontade política já existente e entregá-la nas mãos do soberano; ela é mais um instrumento que permite a formulação *ex nihilo* da vontade soberana.” (COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 171).

²²⁹ PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1984. p. 55.

A democracia abrange os dois conceitos de representação vistos, já que pressupõe que o representante seja eleito ou autorizado de alguma forma pelos governados, e, ao mesmo tempo, que preste contas aos representados ao final de seu mandato. Ambas as teorias são consideradas formalistas em razão de salientarem somente a forma de investidura ou legitimação do representante, sem fornecer qualquer parâmetro acerca de sua atuação.

Na visão de Eneida Desiree Salgado, as teorias formalistas são as que mais se aproximariam da representação político-democrática brasileira. Segundo ela, na concepção jurídica de representação, as regras para a eleição do representante seriam estabelecidas pela Constituição, a qual se restringiria a firmar limites objetivos para sua formação, sem tecer qualquer previsão acerca de seu conteúdo. Assim, haveria uma grande liberdade para o exercício do mandato, limitado apenas por critérios objetivos, postos no texto constitucional, para casos extremos, sem mecanismos efetivos de controle pelos representados, aos quais restaria somente a oportunidade de não renovação dessa relação representativa ao não reeleger o mesmo candidato²³⁰.

A representação política, portanto, não iria além de uma autorização sem que se pré-determinasse o seu conteúdo para além do previsto no texto constitucional. A Constituição não traria instrução alguma para os mandatários, e ainda não preveria formas de ruptura da relação de representação pelos representados em caso de discordância desses com as diretrizes e decisões tomadas pelo representante²³¹. Por meio da eleição, conceder-se-ia uma autorização para o exercício do mandato por prazo certo, estando a atuação do representante somente limitada à observância dos dispositivos constitucionais. Sua crítica, portanto, concentra-se no ponto de que a democracia representativa, de fato, “não permite uma intervenção real do povo

²³⁰ Nas palavras da professora: “(...) não há propriamente ‘mandato’, pois a função do representante se dá nos limites constitucionais e não se determina por instruções ou cláusulas estabelecidas entre ele (ou o conjunto de representantes) e o eleitorado. As condições para o exercício do mandato e, no limite, seu conteúdo, estão pré-determinadas na Constituição e apenas nela. Estritamente sequer é possível falar-se em ‘representação’, pois não há uma vontade pré-formada. Não se ‘representa’ algo ou alguém definido perante outrem. Há a construção de uma vontade, limitada apenas aos contornos constitucionais. A teoria da representação que mais parece se aproximar de uma leitura jurídica é a formalista”. (SALGADO, Desiree Eneida. A representação política e sua mitologia, *Paraná Eleitoral*, Curitiba, v. I, n. I, p. 25-40.)

²³¹ Em uma perspectiva mundial, Pietro Costa chega à mesma conclusão: “É o Estado que atribui aos sujeitos e a si mesmo (mais precisamente a alguns dos seus órgãos) direitos e obrigações; logo, é o Estado que pode decidir pelo favorecimento da participação política dos cidadãos atribuindo a eles, para este fim, os direitos que tornam isso possível: os direitos políticos. O Estado moderno é um Estado representativo não porque desce a fazer pactos com os sujeitos, sofrendo a iniciativa dos sujeitos, renunciando à sua absoluta supremacia, mas porque escolhe, em perfeita autonomia, de organizar-se confiando aos cidadãos o papel de designar (através do mecanismo eleitoral) os componentes de uma determinada instituição sua.” (COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 186).

na tomada de decisões políticas. A eleição, componente de uma visão democrática formal, permite que se decida quem irá decidir, não mais do que isso”²³².

Divergindo das concepções anteriores, a teoria da *representação descritiva*, por sua vez, exige uma correspondência ou semelhança precisa entre as ações do representante e as intenções dos representados, de maneira que seja aquele um reflexo destes em seu agir. Essa posição revela uma grande preocupação com a pessoa do representante, uma vez que, se pensar de maneira semelhante ao grupo, tenderá a apresentar as mesmas atitudes e ações deste²³³.

Nessa forma de representação, portanto, o papel do representante é fornecer informações exatas sobre os representados, agindo como se fosse um reflexo de suas intenções. Note-se que não será tão relevante o número de representantes, mas sim que transmitam informações precisas sobre os representados. O representante não tomará decisões por si próprio, definindo novos rumos e metas, mas apenas refletirá as idéias do grupo²³⁴.

Outra teoria que se pode mencionar é a da *representação simbólica*. Nesta visão, o representante não se apresenta como um reflexo dos representados, mas como um símbolo desses, alguém que traduz em sua figura as aspirações dos representados, baseadas em ideais e convicções pessoais. A avaliação é feita, portanto, superficialmente, devendo o representante apenas ostentar uma posição com a qual os representados se identifiquem, mas sem haver posterior avaliação de suas reais condutas. A necessidade é de que os representados apenas creiam nele, deixando-o livre para tomar decisões em nome do grupo, ao contrário do que ocorre na *representação descritiva*, em que a crença dos representados no representante não é relevante, já que este apenas transmitirá informações do grupo ou as traduzirá por meio de suas decisões. A representação simbólica, portanto, aproxima-se da figura de líderes carismáticos e totalitários²³⁵.

Por fim, há a concepção da *representação por atuação*, ou *atuar como um agente para alguém*. Nesta forma de representação, o representante não passa por uma escolha popular e

²³² SALGADO, Desiree Eneida. A representação política e sua mitologia, *Paraná Eleitoral*, Curitiba, v. I, n. I, p. 25-40.

²³³ PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1984. p. 83.

²³⁴ Embora faça ressalva quanto à representação descritiva, Eneida Desiree Salgado reafirma sua convicção de que a representação política brasileira seguiria as teorias formalistas: “Não parece haver um aspecto jurídico na representação simbólica, na representação descritiva (embora determinados arranjos institucionais derivados de normas jurídicas possam revelar a opção por fazer com que o Parlamento ‘reflita a sociedade’, como pela adoção de um sistema proporcional) e na representação como atuação por outrem.” (SALGADO, Desiree Eneida. A representação política e sua mitologia, *Paraná Eleitoral*, Curitiba, v. I, n. I, p. 25-40).

²³⁵ PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1984. p. 98.

tampouco suas ações são avaliadas pelos representados posteriormente. Não descreve simplesmente os anseios de seus representados ou se apresenta como um símbolo destes. Contudo, age pelo grupo e vinculando-os às suas decisões. Essa vertente se aproxima mais da figura dos agentes públicos, que não são eleitos pelo povo, mas age em seu nome²³⁶.

Nesta perspectiva, há parâmetros para avaliação da atuação do representante. Em primeiro lugar, as ações do representante devem partir dos interesses e instruções dos representados, e não de seus próprios interesses e objetivos. Em segundo, o agente deve prestar contas de seus atos aos representados, respondendo perante eles por seus atos.

A crítica que se pode tecer a esta última teoria é a de que, se o representante se limitar a agradar os representados, cumprirá os critérios de avaliação acima mencionados, podendo verter para a adoção de soluções de curto prazo, deixando de tomar atitudes rígidas necessárias para a proteção de interesses futuros do grupo.

O que podemos perceber da exposição feita até aqui é que as compreensões acerca da representação mencionadas esboçam a forma como ela pode ser concebida, restando analisar seu conteúdo e a maneira como pode ser avaliada.

Assim, podem elas tender a considerar que o representante, já na função, é livre para agir e tomar decisões por si próprio ou que deve consultar os representados para toda e qualquer decisão que precise tomar. Esses dois extremos são conceituados, na Ciência Política, como *teoria da independência* e *teoria do mandato*, respectivamente²³⁷.

A *teoria da independência*, portanto, não reconhece como representação a simples reprodução da opinião dos representados, visto que, desta maneira, a figura do representante seria completamente dispensável, já que bastaria a realização de uma votação dos membros do grupo para a resolução das questões que lhes aparecessem.

Já a *teoria do mandato* vê como inconcebível uma representação que permita a tomada de atitudes ou a assunção de responsabilidades pelo representante em sentido oposto ao desejado pelo grupo.

Assim, buscando uma conciliação entre as duas teorias, poder-se-ia afirmar que o representante precisaria tomar decisões e agir em nome do grupo, a fim de ser mais do que um mensageiro, mas, por outro lado, não poderia contrariar os anseios e interesses dos representados, sob pena de deixar de ser seu representante.

²³⁶ Ibidem, p. 109.

²³⁷ Ibidem, p. 146.

Tecendo considerações acerca das ações coletivas, Edilson Vitorelli²³⁸ ressalta que um grande complicador em meio à questão seria o fato de que o grupo representado nem sempre é homogêneo, havendo dentro dele opiniões opostas, dificultando a aferição de sua vontade, e, mesmo que seja homogêneo, o problema, tanto na representação política como na processual, seria como aferir a real vontade do grupo em questões mais complexas, que dependam da consideração de vários fatores e de orientações mais detalhadas.

Segundo ele, o ajuste desses parâmetros dependerá do grupo representado, caso seja menor e mais concreto, identificável, o representante deverá dar mais atenção às suas opiniões; já quando os interesses defendidos são mais abertos, sem possibilidade de se aferir quais indivíduos são representados, ouvir suas posições naturalmente será mais complicado. Na segunda hipótese haverá mais liberdade de atuação para o representante, consistindo a preocupação em como avaliá-la, enquanto na primeira o desafio será definir a partir de que ponto o representante pode ir além da vontade dos representados²³⁹.

Mas claro, se, mesmo diante de um grupo mais concreto, houver sérias divergências de opinião entre os membros, o representante seria mais livre para atuar de acordo com o que entende ser o interesse dos representados, interesse que deveria consistir em vantagens ou benefícios que o grupo obterá por meio da ação do representante.

Situação oposta seria aquela em que a vontade dos representados é uniforme e conhecida pelo representante, mas esse insistisse em agir de modo contrário, defendendo que a decisão tomada estaria mais de acordo com os interesses do grupo. Como o representante não é um simples mensageiro dos representados, tal hipótese é plausível, estando a dificuldade na definição dos limites dessa atuação.

Neste ponto, Hanna Fenichel Pitkin estabelece um critério de repetição. Certamente uma disparidade constante entre a vontade dos representados e a atuação do representante sinalizaria que o representante estaria se desvirtuando de sua função. Ademais, seria dever do representante expor aos representados as razões da tomada de decisões e ações contrárias à vontade desses, explicando em que ponto seriam mais adequadas à concretização de seus interesses²⁴⁰.

²³⁸ VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 228.

²³⁹ Ibidem, p. 229-230.

²⁴⁰ PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1984. p. 163.

Portanto, o representante tem o dever de agir de acordo com os interesses dos representados, restando-lhe um certo grau de autonomia na tomada de suas decisões. Esse espaço, contudo, pode gerar alguma divergência em relação à vontade dos representados, o que será admitido, desde que seja excepcional e realizada no interesse desses, sendo-lhes apresentadas as razões dessa escolha.

Esta conclusão, no entanto, constitui-se em uma regra geral, a qual comportará exceções, conforme as particularidades de cada caso, pois não será em todas as hipóteses em que a opinião divergente do representante, mesmo sendo excepcional e com justificativa exposta, deverá predominar sobre a dos representados. Mesmo assim, a regra fornece vantagem de se obter um parâmetro para a avaliação da conduta do representante, mesmo que dentro deste limite se possam apontar exceções²⁴¹.

3.3. A CRISE DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

As divergências e o distanciamento entre representantes e representados aqui mencionadas são amplamente divulgadas no âmbito da Ciência Política, na qual autores apontam o fracasso da democracia representativa.

Segundo Luis Felipe Miguel²⁴², esse fenômeno ocorreu em todo o mundo, em novas e velhas democracias eleitorais, a partir das últimas décadas do século XX, e poderia ser observado por meio de três evidências: (a) o declínio do comparecimento eleitoral, que expressaria uma sensação de impotência e estranhamento do eleitor em relação à ordem estabelecida²⁴³; (b) a ampliação da desconfiança em relação às instituições, a começar pelos poderes executivo e legislativo; e (c) o esvaziamento dos partidos políticos, com a dissolução das lealdades partidárias tradicionais, ressaltada pela volatilidade das escolhas dos eleitores e a preponderância dos atributos pessoais dos candidatos como fator de influência na decisão do voto.

²⁴¹ Ibidem, p. 164 - 165.

²⁴² MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 98 - 101.

²⁴³ Como observa Carole Pateman: “Os dados obtidos em amplas investigações empíricas sobre atitudes e comportamentos políticos, realizadas na maioria dos países ocidentais nos últimos vinte ou trinta anos, revelaram que a característica mais notável da maior parte dos cidadãos, principalmente os de grupos de condição sócio-econômica baixa, é uma falta de interesse generalizada em política e por atividades políticas.” (PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 11).

Mas, de acordo com o autor, o problema não residiria na crença das potencialidades da democracia; pelo contrário, haveria uma aceitação quase universal de seu valor²⁴⁴. O que haveria seria uma “crescente deteriorização da confiança em relação às instituições representativas que deveriam efetivá-la”, sendo possível “detectar uma crise do sentimento de estar representado”, comprometendo a ligação entre a população e os parlamentares, candidatos, partidos políticos, assim como a confiança nas instituições públicas²⁴⁵.

Em razão disso, nos últimos trinta ou quarenta anos surgiram muitas propostas com a finalidade de equalizar a representação política, como cotas eleitorais para grupos em desvantagem, a exemplo do grupo das mulheres. Nestas propostas, há o reconhecimento, ao menos implícito, de que a redução da confiança nas instituições políticas não se deu por falta de adesão aos princípios democráticos, mas pela constatação de que as instituições existentes na atualidade privilegiam interesses especiais e concedem pouco espaço para a participação do cidadão comum na gestão dos negócios públicos. Há, pois, uma sensação de falácia da democracia representativa²⁴⁶.

Como lembra Luis Felipe Miguel²⁴⁷, o ativismo político dos anos de 1960 e 1970, que procurara aumentar os limites das democracias ocidentais, foi substituído por um *descrédito generalizado*. Bem vistas as coisas, esses dois momentos expressariam um mesmo sentimento: a forte crença nos valores da democracia, enquanto autogoverno popular, acompanhado de uma sensação de falta de representação pelos componentes dos poderes políticos. A diferença estaria na condição de que a mobilização eleitoral expressaria uma esperança de mudança, enquanto a apatia revelaria um ceticismo, mas ambas conteriam a insatisfação com o sistema político representativo.

²⁴⁴ Paul Hirst comenta essa inquestionabilidade do termo “democracia” no contexto dos países ocidentais na atualidade: “*Democracy is the dominant idiom in political discourse in Britain, as in all other Western countries. Everyone is a democrat irrespective of their other political views; and anyone with the slightest concern for political success carefully avoids criticising democracy for fear of the political wilderness. Representative democracy is such a powerful tool of legitimation of the actions of government that no serious politician, even if they have just lost an election, will question it. Democracy is an unquestionable good and representative democracy is identified with democracy. To challenge the dominant idiom appears to be political suicide (...)*”. (HIRST, Paul. *Representative Democracy and Its Limits*. **The Political Quarterly**, vol. 59, n. 2, 1998, p. 190).

²⁴⁵ MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 98.

²⁴⁶ Como menciona Pietro Costa: “(...) mudam as orientações ideais e os contextos históricos, e, todavia, o que insistentemente retorna à causa é a impossibilidade de conciliar a democracia (a democracia não como forma de governo, mas como processo de fundação da ordem) com o dispositivo da representação”. (COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 183).

²⁴⁷ MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 109.

O que se verifica, portanto, é um distanciamento entre os mecanismos representativos existentes e o ideal de soberania. Sobre o tema, Pierre Rosanvallon²⁴⁸ menciona que o problema seria sentido desde a Revolução Francesa de 1789, tendo a *democracia representativa* se apresentado mais como uma necessidade material, sem afastar o temor de muitos, na época, pela diminuição do poder popular e o retorno de uma aristocracia por meio dela²⁴⁹.

Por essa razão, impulsionada pelos atuais recursos da tecnologia, a ideia da democracia direta ganha força, seja na opinião pública, seja entre teóricos²⁵⁰, como Habermas e Rawls que, ao tecer formulações acerca da democracia deliberativa, praticamente ignoram a representação, embora ambas não sejam incompatíveis.

Mas, não obstante o fato de a democracia direta apresentar solução para a questão da aferição real da vontade da população ao eliminar a figura do representante, cria um novo obstáculo: a supremacia da maioria e a consequente opressão das vontades e interesses das minorias, algo que o sistema representativo acaba, apesar de ainda estar longe do patamar ideal, por proteger de certa forma.

Na prática, porém, para o bem ou para o mal, o sistema representativo continua prevalecendo na maioria dos países democráticos contemporâneos.

²⁴⁸ ROSANVALON, Pierre. **La democracia inconclusa**. Traducción de Nicolás Suescún. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006 [2000]. p. 28 e 43.

²⁴⁹ Como nota: “*Assí, el doble espectro de la aristocracia y de la anarquía pesa constantemente en los hombres del 89. La simple evocación del posible advenimiento de una < nueva aristocracia >, por ejemplo, basta para hacer que algunos sospechen del proceso representativo. Siyès mismo comparte este temor. < La representación >, anota, < está hecha para los representados; se debe evitar que la voluntad general se pierda a través de un gran número de intermediarios en una funesta tendencia aristocrática >.*” (ROSANVALON, Pierre. **La democracia inconclusa**. Traducción de Nicolás Suescún. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006 [2000]. p. 28).

²⁵⁰ Entre nós, Paulo Bonavides é entusiasta da ideia de democracia participativa, identificando-a como um direito fundamental de quarta geração. Defende a necessidade de se afastar a “perversão representativa”, o “falseamento da vontade”, as “imperfeições conducentes às infidelidades do mandato” e os “abusos da representação”, em busca de uma “repolitização criadora de uma neocidadania governante”. Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação a serviço da classe dominante desvirtuam a democracia, fazendo com que o mandato perca suas características republicanas e torne-se usurpatório, “confisco da vontade popular e transmutação da chamada democracia representativa em um simulacro de governo popular”. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 25 - 50). No mesmo sentido, Vera Karam de Chueri e Miguel Godoy: “Se o alcance dos direitos em um determinado momento passa a ser restringido, muitos problemas sociais deixam de ser resolvidos pelo direito, mas poderiam/podem/devem ser resolvidos pelo processo democrático à medida que o povo — os que são afetados por essa restrição — toma parte no processo político, no debate, no processo de decisão. Daí a defesa intransigente de Nino por uma democracia deliberativa que inclua os cidadãos no processo de tomada de decisões. Vale dizer, a democracia deliberativa rearticula soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia e acentua o caráter produtivo das tensões experimentadas pelos cidadãos, na medida da inexorável, porém paradoxal relação que estabelecem entre si”. (CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia — soberania e poder constituinte, *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 159-174, jan-jun. 2010).

Assim, situando o problema atual da *democracia representativa* na insuficiência da representação política e, com base nas teorias de Wright Mills, Bachrach e Baratz, e Steven Lukes, o autor Luis Felipe Miguel²⁵¹, acima mencionado, sugere como hipótese de solução uma interpretação mais abrangente da representação.

Para ele, ocupar uma função de representação política significaria participar de processos de decisão em nome de outros (primeira dimensão), assim como participar da formulação da agenda e do debate público em nome de terceiros (segunda dimensão). Esta segunda dimensão seria necessária uma vez que, em sociedades populosas, extensas e complexas como as contemporâneas, a participação direta de todos no debate público seria inviável. Também nesse aspecto as diferentes vozes da sociedade careceriam de um representante, papel exercido na atualidade pelos meios de comunicação em massa²⁵², responsáveis pela disseminação das diversas perspectivas e dos projetos dos grupos em conflito e escolha dos temas postos em debate²⁵³.

Por fim, uma boa representação política seria a “representação de preferências formuladas autonomamente” (terceira dimensão), ou seja, de preferências produzidas pelos próprios grupos sociais de forma autêntica e a partir de um entendimento compartilhado sobre sua específica situação no mundo, num processo dialógico. Assim, seria necessária a existência de diversos espaços públicos em que os grupos da sociedade pudessem criar os interesses que, depois, seriam representados nos fóruns políticos gerais, inclusive no parlamento²⁵⁴.

Quanto a este ponto, Giovanni Sartori traça a distinção entre “uma opinião que é pública apenas no sentido de ser *disseminada entre* o público”, apenas tornada pública, mas de forma alguma produzida pelo público, e “uma opinião que o público, até certo ponto, *formou*

²⁵¹ MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 109.

²⁵² Sobre a influência dos meios de comunicação atuais, Giovanni Sartori menciona: "Nas democracias de hoje, são os meios de comunicação de massa que desempenham o papel mais amplo e mais central na formação da opinião pública. (...) o mundo é - para o público geral - a mensagem dos meios de comunicação.", embora o autor não deixe de considerar, em um segundo plano, outras fontes formadoras da opinião pública, como as influências de uma elite mais bem informada e, em um terceiro plano, da própria convivência social em grupos como o da família, do trabalho, grupos religiosos e étnicos. (SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. Volume I - O debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994 [1987]. p. 133 - 135).

²⁵³ MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 121 - 122.

²⁵⁴ O principal exemplo seria o do movimento feminista nos Estados Unidos da América, a partir do início do século XX, que construiu uma nova visão dos interesses das mulheres, com um conjunto de novas expressões e conceitos, como *dupla jornada* e *assédio sexual*, as quais depois teriam sido transportadas, com êxito, para a esfera pública ampla. (MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 127).

por si mesmo”. Essa distinção passou a ser necessária a partir da década de 20 do século passado, quando, em ditaduras existentes entre nações, a opinião pública homogênea seria em verdade um “pacote uniforme de opiniões fabricadas pelo Estado e impostas ao público”. E conclui que as condições para a formação de uma opinião pública relativamente autônoma seriam: “(a) um sistema de educação que não seja um sistema de doutrinação; e (b) uma estrutura global de centros de influência e informação plurais e diversos”²⁵⁵.

Portanto, um modelo representativo inclusivo precisaria tratar com mais cuidado as questões ligadas à escolha dos temas a ser debatidos (formação da agenda), o acesso ao debate público e, assim, aos meios de comunicação de massa, e ampliação das esferas públicas mas quais a cidadania pudesse ser exercida e os interesses da sociedade pudessem ser não só representados, mas remodelados, formando novas consciências políticas.

Tais reflexões acerca da representação política precisam ser pensadas igualmente no que toca à representação processual. Ora, se o instituto da representação é fortemente criticado no meio político, exigindo reformulações de sua concepção e prática, o mesmo deve ser pensado quando de sua aplicação ao processo civil.

O processo representativo deve estar aberto à reestruturação de suas formas de participação nos debates públicos que vão subsidiar o convencimento do juízo, de maneira a prestar uma adequada tutela jurisdicional dos direitos materiais envolvidos e com respeito, claro, aos direitos fundamentais.

Assim, quando falamos, aqui, em processos representativos, não podemos transpor automaticamente as noções usuais da doutrina processual civil acerca da substituição processual, pensada e formulada para ações individuais.

À semelhança do que ocorre no processo coletivo brasileiro, a representação que deve existir no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foge à lógica da substituição

²⁵⁵ Acerca da segunda condição menciona: “A essência do argumento é que uma opinião pública livre deriva de uma *estrutura policêntrica* dos meios de comunicação e de sua *interação competitiva*, e é sustentada por elas. Em síntese, a autonomia da opinião pública pressupõe condições semelhantes às condições de mercado”, ou seja, prega a necessidade da descentralização e competição dos meios de comunicação de massa, havendo a divulgação de diferentes pontos de vista e estando cada meio sujeito à vigilância dos outros canais de informação. (SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I — O debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994 [1987]. p. 137 - 139).

No processo coletivo, há previsão expressa nas leis 7.347/85 e Lei 8.078 de autorização para que associações e outras entidades possam demandar, por meio de ações coletivas, a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, de direitos que nem sempre pertencem diretamente a esses legitimados e, portanto, a pessoas que nem sempre têm interesse na solução do conflito.

processual dos processos individuais . Nestes, há uma relação de estreita proximidade entre representante e representado²⁵⁶ delimitado a situações específicas previstas em lei²⁵⁷.

Como visto, além do Código de Processo Civil não prever a representação das partes dos processos sobrestados e futuros que versem sobre a mesma questão de direito objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, não há qualquer previsão acerca do controle da adequação da representação processual pelo magistrado, assim como nas ações coletivas, nas quais o legislador teria presumido em relação aos legitimados ativos²⁵⁸.

Tendo isso em vista, há necessidade de se buscar no direito estrangeiro a inspiração para o estabelecimento de balizas ao controle judicial da adequação da representação processual. Para essa finalidade, a seguir faremos uma breve abordagem acerca do tratamento dado ao controle da representação adequada nas ações coletivas do direito norte-americano. A escolha se deu em razão do largo e antigo debate do tema pela sua doutrina e jurisprudência, fornecedora de amplo lastro teórico e prático naquele país.

Antonio Gidi tece essa observação em relação às ações coletivas: “Quando se fala de ‘representação’, não se refere a ‘representação’ no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.” (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, out./dez. 2002. p. 61 - 62).

²⁵⁶ Como menciona Humberto Theodoro Júnior: “(...) não se concebe que a um terceiro seja reconhecido o direito de demandar acerca do direito alheio, senão quando entre ele e o titular do direito exista algum vínculo jurídico especial. Sempre, pois, que a substituição processual se mostre possível perante a lei, ocorrerá o pressuposto de uma conexão de interesse entre a situação jurídica do substituto e a do substituído.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 79).

²⁵⁷ Por exemplo, a legitimidade do condômino para reivindicar a coisa comum (art. 1.314 da lei 10.406/2002); do denunciado à lide que defende os interesses do denunciante (arts. 125-129 da lei 13.105/2015); e do capitão do navio que exige o pagamento do frete (art. 527 da lei 556/1850).

²⁵⁸ A presunção da adequação da representação dos entes legitimados para as ações coletivas é objeto de diversas críticas pela doutrina, dentre as quais pode-se mencionar a de Sérgio Cruz Arenhart: “Nessa singela previsão abstrata não há nenhuma garantia de que o legitimado possua qualquer compromisso com o direito a ser protegido ou mesmo conhecimento técnico suficiente para a correta defesa desses interesses. Não se pretende dizer que os legitimados para a tutela coletiva sejam incompetentes ou descompromissados; porém, é certo que, no extenso rol previsto na legislação brasileira, haverá aqueles que têm maior afinidade com certas áreas do que outros. E isso, sem dúvida, pode ser muito grave para o interesse protegido ou para o grupo ‘representado’.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogéria (Org.). O processo civil entre a técnica processual e a tutela de direitos: estudos em homenagem à Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 748.), assim como a observação feita por Elton Venturi: “(...) a exemplo do que ocorre com a legitimação das demais entidades privadas (associações civis e sindicatos, sobretudo), a experiência brasileira já demonstrou à saciedade que a mera autorização legal para que qualquer pessoa física ou jurídica possa ajuizar ações coletivas, desacompanhada de uma análise empírica sobre a viabilidade econômica, técnica e política da empreitada judicial intentada, ao invés de propiciar o aperfeiçoamento e o incremento da tutela coletiva, parece conspirar contra.” (VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 171-172).

3.4. A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Para a plena compreensão de como esse critério é atualmente concebido nos Estados Unidos, é necessário primeiramente um breve resgate histórico, iniciando-se pelo sistema no qual o inspirou, o Direito inglês.

Durante o século XVII, na Inglaterra, ações de grupos eram comuns entre agricultores e seus senhores feudais, ou entre paroquianos e eclesiásticos, objetivando discutir contribuições, extensão de terras e dízimos. Como se percebe, as ações eram formadas por pequenos grupos de requerentes ou demandados, homogêneos e com grande coesão e consenso. Os membros haviam expressamente consentido em ser representados no caso por alguns dos seus; os direitos substantivos em questão eram, por definição, comuns a todos eles em razão de seu status em suas comunidades; e, de acordo com o *stare decisis*, o efeito do julgamento sobre os membros dos grupos provavelmente teria sido o mesmo se tivessem veiculado suas demandas por meio de ações individuais. Assim, o procedimento fez pouca diferença — se alguma — nas primeiras ações de classe²⁵⁹.

Já durante os séculos XVIII e XIX, essas ações coletivas, criadas para resolver disputas agrárias pós-feudais, foram adaptadas para comportar as novas demandas de classe que a revolução industrial impulsionou. Nesta época, as organizações sociais recém-surgidas, precursoras de corporações públicas e de sindicatos, criaram um problema, pois não eram reconhecidas como entidades legais e, portanto, foram vetadas, em um primeiro momento, de ajuizarem ações em nome de seus membros. Para agravar, segundo a Chancelaria, órgão judicial a que estavam submetidas as referidas ações, o litígio em grupo seria impossível sem a junção de todas as partes que seriam necessariamente afetadas²⁶⁰.

A única solução seria o ajuizamento da ação por um ou alguns de seus membros em nome dos demais. Ocorre que os grupos já não possuíam as mesmas características das famílias

²⁵⁹ DOWNS, Howard M. Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of general telephone v. falcon. **Ohio State Law Journal**, v. 54, n. 3, 1993. p. 612-613; STRICKLER Jr., George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 74 - 75.

²⁶⁰ DOWNS, Howard M. Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of general telephone v. falcon. **Ohio State Law Journal**, v. 54, n. 3, 1993. p. 612-613; STRICKLER Jr., George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 75.

comunitárias coesas de inquilinos e paroquianos, em nome dos quais um litígio coletivo havia sido iniciado um século antes. Os novos grupos eram compostos por membros mais numerosos e com pouco em comum, dificultando o preenchimento do pré-requisito até então existente para ações em grupo: o consentimento expresso de cada um de seus membros para seu ajuizamento²⁶¹.

Com o intuito de resolver o dilema, os tribunais da Chancelaria eliminaram a exigência de consenso, presumindo que todos os membros do grupo teriam sido, de fato, partes no processo, em razão da existência de um interesse comum entre eles e a presença de um representante. Todavia, nos antigos casos realmente se poderia dizer que os membros inominados teriam sido partes efetivas, pois, devido à sua proximidade e à homogeneidade de seus interesses, efetivamente concordaram com a representação, o que não seria necessariamente mais verdadeiro para os grupos recentemente formados, muito maiores, mais dispersos e com apenas algumas questões em comum.

Para agravar a situação, o referido entendimento foi seguido de um outro, adotado pelos mesmos tribunais: os atos do representante do grupo vinculariam todos os demais²⁶².

Mas quando as cortes inglesas pareciam estar consolidando o entendimento da parte representante para justificar as ações coletivas, as associações adquiriram status legal e passaram a ter autorização para ajuizar ações coletivas em nome do grupo, desaparecendo esta discussão na Inglaterra. Não chegaram, portanto, a criar uma regra geral sobre a representação²⁶³.

Os tribunais e estudiosos norte-americanos do século XIX, analisando os casos ingleses, consideraram os precedentes confusos e acabaram por entender que a junção de todas as partes em uma mesma demanda não seria necessária. O juiz Storey interpretou os casos ingleses como exemplos de jurisdição baseada em noções de economia judicial, ou seja, as ações coletivas teriam sido criadas para suprimir litígios inúteis e evitar a multiplicidade de ações²⁶⁴.

Como ensina o professor Yeazell, no entanto, os casos ingleses, principalmente os surgidos em meio ao novo contexto social do século XIX, não possuiriam o intuito de agregar

²⁶¹ STRICKLER Jr., George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 76.

²⁶² Idem.

²⁶³ STRICKLER Jr., George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 76 - 77.

²⁶⁴ Ibidem, p. 77.

várias reivindicações individuais, mas de permitir o litígio de grupos que teriam sido impossíveis ou inviáveis por meio de ações particulares²⁶⁵.

Segundo ele, o juiz Storey também teria confundido os precedentes da Chancelaria, assumindo que as decisões em casos de grupos não teriam efeito vinculante sobre os membros ausentes. Tal entendimento errôneo teria sido incorporado à *Equity Rule 48*, em 1843, a qual prescrevera que, para o ajuizamento de uma ação em nome de um grupo, bastaria que houvesse partes suficientes para representar os interesses dos membros da classe em juízo, e que a ação não atingiria membros da classe que não estivessem nominados na ação²⁶⁶.

Esta última regra foi, no entanto, ignorada pelas Cortes norte-americanas. No caso *Smith v. Swormstedt*²⁶⁷, a Suprema Corte asseverou que, por uma questão de justiça, permitir-se-ia que uma das partes interessadas representasse o corpo inteiro, e que a decisão vincularia todos eles, como se todos estivessem perante o tribunal²⁶⁸.

Aparentemente, a razão para a Suprema Corte ter entendido que as partes em juízo seriam representantes dos membros ausentes seria o fato de aqueles possuírem os mesmos objetivos destes. A Corte sustentou a vinculação mesmo que os membros ausentes não tivessem sido notificados ou tivesse tido a oportunidade de ser ouvidos, o que consistiu em uma quebra substancial da Regra 48 e um retorno aos precedentes ingleses²⁶⁹.

Como prolongamento desse raciocínio, no caso *United States v. Old Settlers*²⁷⁰, foi decidido que a parte nomeada poderia ter interesse em comum com a classe representada sem possuir o mesmo status dos membros ausentes da classe, ou seja, a parte nomeada como

²⁶⁵ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 77.

²⁶⁶ DOWNS, Howard M. Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of general telephone v. falcon. **Ohio State Law Journal**, v. 54, n. 3, 1993. p. 612-621; STRICKLER Jr., George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 77.

²⁶⁷ Neste julgado, a Suprema Corte norte-americana asseverou: “*For convenience, therefore, and to prevent a failure of justice, a court of equity permits a portion of the parties in interest to represent the entire body, and the decree binds all of them the same as if all were before the court. The legal and equitable rights and liabilities of all being before the court by representation, and especially where the subject matter of the suit is common to all, there can be little danger but that the interest of all will be properly protected and maintained.*” (57 U.S (16 How.) 303 (1953)).

²⁶⁸ DOWNS, Howard M. Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of general telephone v. falcon. **Ohio State Law Journal**, v. 54, n. 3, 1993. p. 612-621.

²⁶⁹ Ibidem, p. 612 - 623.

²⁷⁰ 148 U.S. 427 (1892).

representante não precisaria, necessariamente, ser um membro da classe, bastando que detivesse o mesmo interesse na demanda²⁷¹.

Ao longo do século seguinte (século XX), fez-se grande avanço acerca das finalidades da ação coletiva e de seus efeitos sobre a classe, mas não sobre as qualidades exigidas para que uma parte seja representante dos ausentes, repetindo sempre que eles deveriam ter interesses em comum²⁷².

Em 1912, a *Federal Rules of Equity* foi revisada e a Regra 48 foi substituída pela Regra 38, a qual foi oficialmente adotada pela Suprema Corte, estabelecendo somente dois requisitos para a ação de classe: a numerosidade e o interesse comum de toda a classe na questão²⁷³.

Durante esse período, entendia-se que a identidade de reivindicações entre os representantes e a classe já seria suficiente para a proteção dos interesses dessa. A efetividade dessa proteção não foi considerada até a promulgação das “Regras Federais de Processo Civil”²⁷⁴.

A *Federal Rules of Civil Procedure* consistiu em um marco histórico para as ações de classe naquele país. A versão final das regras, de 1938, continha disposições próprias sobre as ações coletivas na Regra 23²⁷⁵. Nela constou, pela primeira vez, a expressão “representação adequada” como uma garantia aos interesses dos membros de classe ausentes²⁷⁶.

Contudo, deixou de fornecer indícios de seu significado ou forma de verificação, razão pela qual a Suprema Corte tratou de dar sentido à expressão logo após sua entrada em

²⁷¹ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 79.

²⁷² Ibidem, p. 81.

²⁷³ DOWNS, Howard M. Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of general telephone v. falcon. **Ohio State Law Journal**, v. 54, n. 3, 1993. p. 612-624; STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 81.

²⁷⁴ Ibidem, p. 84.

²⁷⁵ A Subseção (a) da *Federal Rule of Civil Procedure* 23 (Regra 23) estabelece:

"Representation. If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued, when the character of the right sought to be enforced for or against the class is

(1) joint, or common, or secondary in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it;

(2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the action; or

(3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought."

²⁷⁶ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 87.

vigor, no caso *Hansberry v. Lee*²⁷⁷. Neste, a Corte determinou que os membros ausentes deveriam ser da mesma classe representada em juízo para serem atingidos e que o litígio tivesse sido conduzido de maneira a garantir a ampla e justa consideração dos seus interesses. Em outras palavras, estabeleceu dois requisitos para o representante ser considerado adequado: 1) deveria ele ter a mesma posição ou propósito similar aos membros da classe; 2) deveria realmente buscar alcançar os objetivos da classe²⁷⁸.

O pronunciamento da Regra 23 foi seguido de um dramático incremento no número de demandas ajuizadas como ações de classe. Esta nova onda de litígios se distinguiu não somente pelo volume de casos e pela crescente complexidade das causas, mas também pelo aumento da atenção judicial à relação entre a parte nomeada e a classe que pretendia representar²⁷⁹.

Desse modo, após o caso *Hansberry*, as cortes passaram a discutir alguns problemas surgidos, como a delimitação do que constituiria o “interesse em comum” entre o representante e os ausentes; como garantir a busca vigorosa pelo representante dos interesses da classe; ou como estabelecer uma relação entre a notificação dos ausentes e a representação adequada²⁸⁰.

Quanto ao requisito do interesse em comum, a Regra 23 não especificava o grau de uniformidade exigido, de maneira que os tribunais não receberam critérios objetivos para determinar a existência de uma classe ou a legitimidade de uma parte para representá-la. Os tribunais geralmente adotavam a concepção de que o representante deveria ter interesses compatíveis e não antagônicos aos da classe.

Ocorre que tal classificação ainda se mostrava vaga e insatisfatória para a solução de inúmeros casos. Em hipóteses simples, como o de *Hansberry*, em que havia somente dois interesses em jogo, a verificação da adequação parecia realmente mais fácil. Porém, a maioria

²⁷⁷ 311 U.S. 32 (1940). Neste caso, um grupo de proprietários havia firmado um acordo de que negros não poderiam morar em uma determinada área. Em um julgado anterior (*Burke v. Kleiman*), o tribunal havia confirmado a validade desse mesmo acordo. Os *Hansberry* estavam sendo despejados de uma propriedade daquela área por serem negros e alegaram em sua defesa que não poderiam ser atingidos pela decisão anterior por não terem sido adequadamente representados. A Suprema Corte norte-americana acatou esse argumento afirmando que seus interesses não haviam sido representados, o que violaria o princípio do devido processo legal. A Corte entendeu que, na ação anterior, os representantes de classe e seus respectivos membros pretenderiam manter a aliança, e que este não seria o interesse dos *Hansberry*, razão pela qual não pertenceriam à mesma classe.

²⁷⁸ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 87 - 88.

²⁷⁹ Ibidem, 89 - 90.

²⁸⁰ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 90.

das ações de classe continham em seu bojo uma diversidade de interesses dos membros da classe, inclusive com requerimentos diversos. Foi justamente nessa categoria que os tribunais alcançaram resultados radicalmente diferentes, alguns simplesmente presumindo que os membros concordariam com os pleitos realizados pela parte nominada, outros negando a certificação da ação por entenderem existir conflitos inconciliáveis de interesse²⁸¹.

No tocante à atuação vigorosa do representante, a jurisprudência também foi criativa, desenvolvendo alguns critérios, tais como ausência de disparidade muito elevada entre o número de representantes e de membros ausentes; pré-existência de uma relação fiduciária entre o representante e os membros da classe; ou avaliação da competência do representante propriamente dita, como em contactar os membros para obter evidências ou suporte para a ação, ou falha na defesa da teoria ou fatos que embasassem a ação²⁸².

Outra discussão que tomou conta dos tribunais acerca das qualidades de um representante de classe adequado se referia ao aviso que deveria ser dado a membros ausentes da classe. Alguns tribunais inferiores começaram a entender que a notificação aos membros ausentes seria importante para a efetividade do julgado e que poderia consistir em um indício da adequação do representante, já que os ausentes poderiam então ter contestado sua legitimidade. Mas essa não chegou a se tornar uma regra para a adequação na maioria das Cortes²⁸³.

Além da confusão acerca de sua definição, as cortes ainda divergiam sobre a necessidade da verificação, em todas as ações de classe, do requisito da adequação. A regra 23 não dispunha sobre como ou quando a determinação da adequação deveria ser feita, de maneira que só era discutida quando uma das partes a questionasse durante a ação²⁸⁴.

Assim, a insatisfação com a Regra 23 levou à sua revisão em 1966²⁸⁵, passando a especificar quatro pré-requisitos para o processamento de qualquer ação de classe: 1) a classe deve ser tão numerosa que a participação de todos os membros seja impraticável; 2) devem existir questões de fato ou de direito comuns a toda a classe; 3) a reclamação ou defesa do

²⁸¹ Ibidem, p. 91-92.

²⁸² Idem.

²⁸³ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 95.

²⁸⁴ Ibidem, p. 96.

²⁸⁵ Rule 23 "(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;

(2) there are questions of law or fact common to the class;

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class."

representante deve ser típica daqueles da classe; 4) a justa e adequada proteção dos interesses da classe pelo representante.

Embora os fundamentos para esses conceitos pudessem ser encontrados na antiga regra e nos casos julgados, as cortes tinham apenas esporádica e inconsistentemente abordado a questão da representação, e nenhuma corte havia sustentado que a posição do representante para litigar e a sua habilidade prática para representar a classe seriam questões distintas a serem indagadas²⁸⁶.

A falta de orientação pelos criadores da Regra 23 e a novidade da norma trazida pela reforma de 1966 causou imediatamente confusão na aplicação dos pré-requisitos. A condição da existência de questões comuns ou foi ignorada ou foi tratada conjuntamente com a tipicidade, confundindo os pressupostos para a configuração das ações de classe com a qualificação do representante²⁸⁷.

Enquanto algumas cortes duvidavam dos propósitos do requisito da tipicidade, outras afirmavam que a falta de conflito entre os interesses do representante e dos membros ausentes já demonstraria que a reclamação do representante seria “típica” da classe. E como, desde o caso *Hansberry* a falta de conflito de interesses era uma medida para a verificação da adequação do representante, os requisitos da tipicidade e da adequada proteção foram igualmente misturados²⁸⁸.

Assim, pela dificuldade em encontrar um significado independente para o requisito da tipicidade como um aspecto da representação adequada, as cortes o ignoraram ou afirmaram a sua presença com pouca ou nenhuma explicação²⁸⁹.

Mas como passou a estar claro que todos da classe seriam atingidos pela decisão, até mesmo os ausentes, a exigência de adequação da representação não poderia ser ignorada. A adequação da proteção dos interesses da classe era necessária para assegurar o devido processo legal de cada membro²⁹⁰.

Apesar da confusão acerca da função exata de cada pré-requisito da Regra 23, formou-se um consenso judicial de que quatro elementos seriam necessários para a adequação

²⁸⁶ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 99 - 100.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 101.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ Ibidem, p. 102.

da representação, os quais foram articulados pelo Segundo Circuito no caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*²⁹¹: 1) a ausência de conflito de interesse entre a parte e a classe; 2) a natureza representativa da reclamação individual da parte; 3) a habilidade e conhecimento do representante para levar adiante a reclamação da classe; 4) a competência do advogado do representante²⁹².

Quando houvesse benefício para a classe com a reclamação, como o monetário, por exemplo, deduzia-se que não haveria conflito de interesse por se presumir que a classe estaria de acordo com ela. Essa política judiciária expressava a nova concepção da utilidade da ação de classe como um meio pelo qual pessoas conseguiriam uma compensação que não obteriam sozinhas²⁹³.

Os outros elementos do caso *Eisen* eram mais difíceis de ser avaliados pelas Cortes. A determinação da representação adequada era frequentemente subsumida à inquirição acerca da tipicidade, como visto. Embora alguns autores tenham sustentado que a ação do representante deveria espelhar a da classe, as cortes não exigiam que as causas fossem idênticas para satisfação do requisito da tipicidade²⁹⁴.

A inquirição sobre a competência do representante provou-se ser mais problemática do que sobre seu interesse. Não obstante requisitos genéricos como da habilidade, recursos e motivação fossem reconhecidos, sua verificação nos casos era árdua. As cortes eram relutantes em perquiri-las por duas razões: deveria ser feita antes do processamento da ação, antes da corte poder observar o desempenho do representante; e, nem a lei, nem a jurisprudência forneciam *standard* para prever uma performance adequada²⁹⁵.

As cortes só conseguiram desenvolver um consenso do que não seria relevante para a determinação da competência do representante, como a diferença de tamanho entre a sua causa e da classe. Assim, algumas cortes decidiram que a causa do representante poderia ser pequena, desde que a vantagem financeira da causa da classe fosse grande o bastante para o advogado do

²⁹¹ 391 F.2d 555 (2d Cir. 1968).

²⁹² STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 102.

²⁹³ Ibidem, p. 104.

²⁹⁴ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 105-107.

²⁹⁵ Ibidem, p. 107-108.

representante. Essa estratégia, denominada “*good fight*”, garantiria uma representação adequada.²⁹⁶

Após décadas de experiência com a regra 23, as cortes desenvolveram apenas uma aproximação genérica da determinação da representação adequada. Entretanto, a falta de tratamento sistemático ou um guia claro sobre a adequação não interferiu na utilização crescente da ação coletiva²⁹⁷.

A partir da década de 1960, um outro fenômeno tomou grandes proporções e influenciou a construção judicial dos requisitos da Regra 23: o desenvolvimento de leis sob a quarta emenda e de estatutos de direitos civis. Assim, ainda sob a versão de 1938, a Regra 23 foi utilizada para veicular ações contra a discriminação racial²⁹⁸.

Em um primeiro momento, como no emblemático caso *Brown v. Board of Education*²⁹⁹, em que se discutiu a segregação racial em escolas norte-americanas, a natureza constitucional, homogênea e genérica dos direitos reclamados, dispensava mais indagações sobre a qualificação do representante³⁰⁰.

Após a promulgação do estatuto do *Civil Right Act*, em 1964, todavia, surgiram ações coletivas com discriminações mais variadas, exigindo maior avaliação acerca do ânimo do réu em atingir toda a classe e não só o autor da demanda. Nelas, frequentemente o representante poderia reclamar somente um tipo de discriminação, mas as cortes justificavam a aceitação da ação de classe afirmando que haveria uma política geral de discriminação adotada pelo requerido, comum a todos os membros³⁰¹.

A referida jurisprudência sofreu, contudo, uma guinada com o caso *General Telephobe Co. v. Falcon*³⁰², decidido pela Suprema Corte em 1982. Enquanto as instâncias inferiores vinham aplicando o critério da generalização acima descrito, e não obstante os requerentes tivessem sido vitoriosos tanto em suas causas individuais como em benefício de

²⁹⁶ Ibidem, p. 108-109.

²⁹⁷ Ibidem, p. 110.

²⁹⁸ Ibidem, p. 111.

²⁹⁹ 347 U.S. 483 (1954).

³⁰⁰ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. *DePaul Law Review*, v. 34, n. 1, 1984. p. 115.

³⁰¹ O principal propulsor desta concepção foi o julgado do tribunal do 5º Circuito, no caso *Johnson v. Georgia Highway Express, Inc* (417 F.2d 1122 (5th Cir. 1969), no qual se acataram as alegações do autor, negro e antigo empregado da empresa ré, de ter sido demitido por razões de discriminação racial, e que tal conduta se estenderia para outros atos como na contratação, promoção e manutenção de facilidade segregativas, como uma política geral da empresa.

³⁰² 457 U.S. 147 (1982).

toda a classe no caso em exame, a referida Corte negou a certificação afirmando que não haveria finalidade na manutenção de uma ação coletiva quando a causa individual reclamaria a existência de discriminação na promoção de empregados mexicanos dentro da empresa e a coletiva embasar-se-ia na discriminação na contratação desses, em razão de estarem fundadas em diferentes tipos de evidências. Assim, apontou falha do tribunal distrital em não exigir que a reivindicação individual do queixoso abrangesse as reivindicações da classe, não podendo ser ele considerado um representante da classe³⁰³.

No referido precedente, a Suprema Corte substituiu, portanto, o critério da generalização pelo da identidade de causas do representante e da classe, restringindo o campo de aceitação das ações de classe.³⁰⁴

Quanto às vantagens dessa abordagem, no entanto, residem divergência doutrinárias. Segundo o professor Howard Downs³⁰⁵, somente a identidade de causas entre o representante e a classe seria capaz de assegurar a justa proteção dos interesses dessa. Segundo seu raciocínio, pressupondo que os indivíduos sempre buscariam melhorar sua própria condição, se o reclamante estivesse pleiteando a mesma causa da classe, então as finalidades econômicas de ambos seriam uma só, e o interesse individual do representante já asseguraria sua competência para representar a classe. Além disso, um representante com a mesma reivindicação que a classe, presumivelmente, teria provas e envolvimento emocional suficientes para apresentá-las com habilidade.

Já o professor George Strickler observa que, como consequência desse critério mais formalista, muitas cortes inferiores teriam passado a negar a certificação em casos nos quais a classe seria composta por candidatos e funcionários, funcionários de diferentes categorias de trabalho ou em diferentes níveis hierárquicos. Assim, focando-se quase exclusivamente na identidade da causa do representante e na dos membros ausentes da classe, teriam desviado a atenção de outro ponto crucial para a determinação da adequação, no seu ponto de vista: a habilidade e a disposição do autor e de seu advogado para lutar pela causa da classe³⁰⁶.

³⁰³ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 129 - 134.

³⁰⁴ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 135.

³⁰⁵ DOWNS, Howard M. Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of general telephone v. falcon. **Ohio State Law Journal**, v. 54, n. 3, 1993. p. 646.

³⁰⁶ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984. p. 139-140.

Segundo afirma, o fator determinante para assegurar a condução vigorosa do representante dos interesses da classe não consistiria, necessariamente, na identidade entre sua causa e da classe, podendo as reivindicações desta ser mais amplas, mas no grau de sua utilidade para a vitória do autor em sua causa pessoal. Se sua causa individual pudesse ser beneficiada com a prova da discriminação de toda a classe, e desde que os custos financeiros e temporais fossem vantajosos, logicamente deteria incentivo em fazê-la³⁰⁷.

Não obstante a divergência ora retratada, pode-se perceber que ambos os entendimentos buscam proteger os direitos dos ausentes por meio da atuação auto-interessada do representante, divergindo somente na forma como isso será obtido. Ou seja, admitem que a representação dos membros da classe será adequada, e seus interesses serão resguardados, na medida em que a busca desses mesmos interesses estiver entrelaçada aos do representante. Atuando o indivíduo para o auto-benefício, acabaria, conseqüentemente, favorecendo os demais.

Subjacente a esta ideia está um princípio que embasa o sistema processual norte-americano: o *adversarismo*. Como ensina Jay Tidmarsh³⁰⁸, o processo norte-americano estaria centrado na ideia de *adversarismo*, privilegiando a autonomia individual e o comportamento de busca do próprio interesse nas ações de grupo.

Normalmente seriam os autores que realizariam as decisões principais que afetam seus respectivos litígios: quem processar; em qual corte processar; quais causas pleitear; qual advogado contratar; assim como a escolha de unir forças a outros indivíduos para ajuizar uma ação conjuntamente. Este domínio da queixa estaria fortemente enraizado no Direito norte-americano e com ele estaria relacionado o princípio da preclusão: uma pessoa não poderia ser atingida por um litígio do qual não tivesse figurado como parte ou não fosse tida como parte por meio de um mecanismo processual³⁰⁹.

Assim, o princípio padrão seria a junção permissiva ou voluntária de reclamantes: cada requerente deveria concordar em se juntar ao caso, exercendo sua autonomia individual e detendo o controle sobre sua demanda. Em um nível mais profundo, tanto o sistema *adversarial* em geral como a junção voluntária em particular, responderiam à mesma intuição filosófica

³⁰⁷ Ibidem, p. 143-144.

³⁰⁸ TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v. 87, 2009. p. 1.139.

³⁰⁹ Ibidem, p. 1.140.

sobre a autonomia individual: permitir aos indivíduos a liberdade de agir e governar seus próprios assuntos legais seria um bem político e moral³¹⁰.

A visão norte-americana do *adversarismo* incorporaria a noção de que, ao tomar decisões básicas relativas à estrutura e ao julgamento de um caso, o requerente teria direito de deixar-se guiar pelo próprio interesse. A relação entre a autonomia e o interesse próprio seria evidente e dificilmente evitável. Fosse qual fosse a justificativa filosófica, esse sistema de litígio não esperaria que os litigantes se preocupassem com os efeitos de suas decisões judiciais sobre os direitos de terceiros. A liberdade de atuação ao demandante no sistema contraditório incluiria a liberdade de atuar de forma decididamente auto-interessada³¹¹.

Fácil perceber, portanto, como as ações de classe consistiriam em uma exceção ao princípio da autonomia individual e à decisão de junção voluntária, e como a representação adequada atuaria como um antídoto para o interesse próprio do representante ou de seu advogado³¹².

Jay Tidmarsh propõe, então, que o controle sobre a representação funcione como um limite à atuação auto-interessada do demandante, podendo ser considerada adequada se, e somente se, não conduzir os ausentes a uma situação pior do que ficariam se tivessem se envolvido em litígios individuais³¹³.

Assim, o resultado líquido do tratamento de classe para cada membro deveria ser igual ou superior ao resultado líquido que teria obtido caso tivesse mantido o controle de seu próprio caso. O cálculo da adequação, no entanto, deveria ser feito para cada membro, não bastando que, em geral, os benefícios do tratamento de classe excedessem os benefícios de uma ação individual. Em vez disso, a cláusula do devido processo legal garantiria a todos e a cada membro da classe a representação adequada.³¹⁴

Menciona o autor que este critério de “não prejudicar” como forma de determinação da adequação da representação seria, ainda, consequencial. Ele mediria a adequação das ações dos representantes de classe e do conselho de classe apenas em termos de seus efeitos sobre seus membros. Avaliaria resultados, não motivações. Portanto, ao não permitir ilusões a respeito das intenções do representante de classe e de seu advogado, e ao impor limites consequenciais às

³¹⁰ Ibidem, p. 1.141.

³¹¹ TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v. 87, 2009. p. 1.142.

³¹² Ibidem, p. 1.139.

³¹³ Idem.

³¹⁴ Ibidem, p. 1.176.

suas ações, como o risco de extinção da ação de classe e perda de seus investimentos, tornar-se-ia imediatamente pouco atraente para aqueles que prefeririam fundamentar motivos da atuação em virtudes ou em um dever deontológico ³¹⁵.

Em suma, o critério do “não prejudicar” reconheceria a inevitabilidade dos conflitos de interesse dentro de qualquer ação coletiva, já que cada indivíduo procuraria melhorar sua própria posição, e abordaria esses conflitos através de uma regra simples que não deixaria alguém piorar sua situação. Uma vez que todos teriam um resultado esperado igual ou maior que o obtido por meio de eventuais ações individuais, o critério reivindicaria a substância do modelo individualista de litígio. Ao mesmo tempo, ainda captaria os benefícios de reduzir danos aos membros da classe, ao réu e à sociedade que as ações coletivas procurariam alcançar³¹⁶.

Sua abordagem do tema retira o foco da existência de conflito de interesses entre o representante e os membros ausentes da classe, reconhecendo-o como inevitável, e centraliza as atenções na atuação efetiva do representante que, na busca pelos seus objetivos egoístas, não poderá prejudicar os demais.

A solução sugerida pode oferecer resposta às dificuldades práticas encontradas pelos magistrados em avaliar a inexistência do referido conflito nos casos concretos e que acabariam, como menciona Linda Mullenix³¹⁷, levando à simples presunção de adequação do representante, sem avaliação de suas reais condições de bem conduzir o litígio e proteger os interesses dos ausentes.

Seu raciocínio, como visto, está necessariamente imerso aos princípios que fundamentam o sistema jurídico norte-americano, e instiga maior reflexão quanto às suas distinções com o cenário brasileiro.

³¹⁵ Ibidem, p. 1.182.

³¹⁶ TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v. 87, 2009. p. 1.189.

³¹⁷ MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assesment of adequacy in litigation and settlement classes. University of Texas School of Law. **The National Law Journal**, v. 57, n. 261, 2004.

CAPÍTULO IV

A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Uma primeira conclusão que podemos retirar da experiência norte-americana, retratada no capítulo anterior, e que parece ser válida igualmente frente ao nosso ordenamento, é a de que o princípio do devido processo legal impõe a condição de que ninguém possa ser prejudicado por uma decisão proferida em meio a uma ação da qual não teve a oportunidade de participar. Assim, se a participação direta (pessoal) não é viável, o sujeito precisa ao menos ter sido representado por meio de outro e de forma efetiva, não apenas fictícia³¹⁸.

Todavia, a afirmação de que a participação das partes ausentes na ação dar-se-ia por meio da representação não pode ser aceita. A representação não corresponde à participação. Ao se adotar um processo representativo, excluem-se os ausentes. O que há verdadeiramente é um indivíduo que figura como parte na ação e que fala em nome da classe ou grupo, de maneira que somente ele participa dos atos do processo. E, nesse contexto, a única forma de legitimar o processo representativo é a de que o representante defenda vigorosa e eficazmente os reais interesses dos integrantes do grupo representado.

O princípio do contraditório, e assim o princípio do devido processo legal, exige que o indivíduo tenha ciência de uma ação judicial que o envolva e que tenha a oportunidade de se manifestar antes da decisão que possa prejudicar seus interesses. Mas isso não quer dizer que haja necessidade de o sujeito participar direta e pessoalmente do processo.

A nova visão do contraditório determina somente que haja a oportunidade de exercer influência no convencimento do juízo e, por consequência, no resultado da ação. E essa influência consiste na exposição de argumentos, produção de provas, inquirição de testemunhas

³¹⁸ Como menciona Owen Fiss: “Consoante o direito de representação, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo. Isso significa dizer que uma decisão estrutural pode ser final se, e somente se, todos os interesses estiverem adequadamente representados no processo. Se um dos interesses envolvidos não estiver representado de forma adequada, a decisão judicial permanece vulnerável a uma nova impugnação; se, entretanto, tal interesse foi completamente representado no processo que conduziu ao proferimento da decisão judicial, a corte poderá rejeitar liminarmente a nova impugnação, sob o fundamento de que a questão já fora analisada — não obstante o autor da impugnação não tenha participado do processo inicial.” (FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 215 - 216).

da parte contrária, dentre outros atos, o que pode perfeitamente ser realizado por um representante, desde que o faça com eficiência, ou seja, de maneira adequada.

Diante de tal conclusão, não há dúvidas acerca da necessidade da existência de um representante adequado³¹⁹ das partes ausentes (dos processos sobrestados) no processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Dessa afirmação, contudo, surgem, naturalmente, indagações sobre quem poderá ser este representante no incidente, quais os critérios para a avaliação de sua adequação e quem poderá fazer este controle. O tema foi tratado aqui anteriormente com relação ao instituto da representação de maneira geral, o que se fez indispensável para a correta compreensão de seu alcance, devendo agora ser abordado em meio ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Pois bem; já observamos, durante o segundo capítulo deste trabalho, que as partes do processo subjetivo do qual se originou o incidente não necessariamente devem ser as partes deste, devendo existir um representante adequado que fale em nome dos ausentes. Algumas soluções apontadas pela doutrina nacional a respeito da definição de quem poderá ocupar essa posição e quem poderá fazer este controle serão tratadas ao longo do presente capítulo.

Para tanto, iniciaremos com as hipóteses levantadas pela doutrina para a figura do representante, primeiramente o *amicus curiae* e depois os legitimados para o ajuizamento da ação civil pública.

4.1. DO *AMICUS CURIAE*

A figura do *amicus curiae* é, em certa medida, enigmática e recente em nosso ordenamento jurídico, não havendo, até a publicação do Código de Processo Civil de 2015³²⁰

³¹⁹ Quanto à terminologia a ser empregada, cabe a ressalva de Antonio Gidi de que a expressão correta seria *representação adequada* e não *representatividade*: “Não se deve confundir a ‘representação’ dos interesses do grupo em juízo com ‘representatividade’ de uma associação perante o grupo. A ‘representação’ tem a ver com a maneira como o processo é (ou pode ser) conduzido em juízo. A expressão ‘representatividade’ tem um teor mais sociológico ou político e refere-se ao caráter representativo da associação perante o grupo.” (GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 112). Bem como de que “quando se fala ‘representação’, não se refere a ‘representação’ no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. ‘Representante’ aqui deve ser considerado como sinônimo de ‘porta-voz’: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo.” (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, out./dez. 2002. p. 61-62).

³²⁰ O Código de Processo Civil traz menção inovadora a respeito do *amicus curiae* em seu artigo 138:

qualquer referência legislativa expressa com essa nomenclatura. O único ato normativo existente, até então, que continha essa designação era o artigo 23, parágrafo primeiro³²¹ do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, aprovado pela Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal, que foi, contudo, revogado pela Resolução nº 22/2008 do mesmo Conselho, o qual não manteve a expressão.

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência apontam a existência de diversas fontes normativas que conteriam a figura do *amicus curiae*, embora sem a ela fazer menção explícita, como a Lei 6.385/76³²² (que dispõe sobre mercado de valores imobiliários); a Lei 8.884/94³²³ (que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE em Autarquia, e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica), posteriormente substituída pela Lei 12.529/2011³²⁴; a Lei 9.279/96³²⁵ (que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial); a Lei 9.868/99³²⁶ (que dispõe sobre o processo e julgamento da ação

“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.”

³²¹ “Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.

§ 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não governamentais, etc., na função de “*amicus curiae*”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.”

³²² “Art. 31. Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.”

³²³ “Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”

³²⁴ “Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”

³²⁵ “Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.(...)

Art. 118. Aplicam-se à ação de nulidade de registro de desenho industrial, no que couber, as disposições dos arts. 56 e 57.

Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.”

³²⁶ “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal); e a Lei 10.259/01³²⁷ (que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal), para citar as hipóteses mais comentadas.

A despeito deste razoável consenso acerca da existência do *amicus curiae* nos referidos textos legais, havia no início, e em certa medida ainda há, pouca clareza a respeito dessa figura. Em virtude disso, o *amicus curiae* já recebeu, por parte da doutrina, diferentes classificações, tais como *auxiliar da Justiça*, *terceiro*³²⁸ e *parte*³²⁹. Sua finalidade, todavia, é geralmente entendida como a de fornecer ao juízo elementos considerados relevantes, úteis e até mesmo imprescindíveis para o deslinde da causa.

De fato, sua presença nasceu da exigência de que certos conhecimentos estranhos ao juízo fossem levados aos autos, permitindo o esclarecimento e o destacamento de algum

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

³²⁷ “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.(...)”

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.”

³²⁸ Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral defendeu em 2004, portanto em momento ainda anterior à Lei 13.105/15, que “o amigo da Corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica.” (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae* como um terceiro especial. **Revista de Processo**, v. 117, set/2004). Também classificando o *amicus curiae* como um terceiro, e em momento anterior à lei 13.105/2015, Cassio Scarpinella Bueno observa: “Assim, considerando que entre os sujeitos processuais há duas categorias, a de parte e a de terceiros, não há como deixar de nos referir ao *amicus* como um terceiro”, porém tece a seguinte ressalva: “O que deve ser destacado é que a afirmação de que o *amicus* é um terceiro, não pode ser entendida no sentido de que é assistente ou, mais amplamente, que o ser ‘terceiro’ significa que deva necessariamente assumir aquelas específicas modalidades de terceiro que o nosso Código de Processo Civil conhece e, com alguns contornos diversos, sempre conheceu”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 396). A Lei 13.105/2015, por sua vez, parece ter consagrado essa corrente doutrinária ao elencar o *amicus curiae* dentro do título denominado “da intervenção de terceiros”, ao lado das tradicionais formas dessa intervenção, quais sejam: a assistência; a denúncia à lide; e o chamamento ao processo.

³²⁹ Sobre o *amicus curiae*, Fredie Didier Jr. menciona que o Novo Código de Processo Civil teria optado por conceituá-lo como *parte*, ao conceder-lhe algumas prerrogativas de *parte*, mesmo que com alguns poderes restritos: “(...) como o *amicus curiae* não é titular da relação jurídica litigiosa nem de relação conexa (se o for, o caso seria de assistência litisconsorcial ou simples, respectivamente), não deve ser considerado como parte para fim de modificação de competência, embora deva ser considerado como parte para a defesa em juízo dos interesses que justificam a sua intervenção. Parte, *pero no mucho*”. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18.ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 531-532).

ponto³³⁰. Naturalmente o magistrado não é dotado de todos os conhecimentos necessários à prestação da tutela jurisdicional, sendo comum socorrer-se de outras fontes informativas.

Mas, à medida que os textos legais foram abrangendo essa figura, suas características foram sendo trabalhadas pela doutrina e jurisprudência, fazendo com que suas atribuições fossem expandidas. Assim, na atualidade, o *amicus curiae* também exerce a importante missão de ampliar os ciclos de debate, fornecendo ao juízo não somente conhecimentos técnicos, mas também novos argumentos e pontos de vista³³¹.

Por tais razões, parte da doutrina nacional³³² vem defendendo que a disposição do artigo 983 do Código de Processo Civil, que prevê a oitiva de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” e “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, estaria se referindo às partes dos processos sobrestados, admitidos como intervenientes, por meio desse dispositivo, na condição de *amicus curiae*, ou de que o *amicus* seria o representante dessas partes, dispensando sua participação direta.

Portanto, para essa corrente doutrinária, o referido dispositivo estaria a indicar que a abertura do procedimento do Incidente à participação do *amicus curiae* significaria a

³³⁰ Como exemplo tem-se a Comissão de Valores Imobiliários, considerada a pioneira dos *amicus curiae* em nosso direito, a qual, segundo Osvaldo Hamilton Tavares, atuará para esclarecer ao juiz questões técnicas e específicas desse ramo: “O juiz, pela própria natureza de sua formação profissional, não está em condições de resolver todos os problemas que se apresentam à sua apreciação. Depende, portanto, dos esclarecimentos que lhe são fornecidos pelos técnicos da CVM. Assim, a Comissão de Valores Mobiliários deverá traduzir para o juiz aquelas impressões e conclusões que colheram no exame dos fatos do processo, tornando acessível ao conhecimento do magistrado aquilo que normalmente ele não poderia conseguir sozinho, ou somente o conseguiria, após um ingente esforço.” (TAVARES. Osvaldo Hamilton. *CVM como amicus curiae*. Disponível em: < http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2014_acvm.pdf. > Acessado em 08 de janeiro de 2019).

³³¹ Paula Pessoa Pereira traz expressiva menção à função desempenhada pelo *amicus curiae*: “Some-se a este argumento do contraditório a tendência para a qual se encaminha nosso sistema em abrir e pluralizar o debate sobre as questões jurídicas. Como exemplo notório dessa tendência, temos o instituto do *amicus curiae*, que potencializa o caráter público da argumentação jurídica e a necessidade do seu controle, no que toca à interpretação e aplicação da norma jurídica, em franco reconhecimento do caráter universal da razão justificadora da decisão judicial, que irradia efeitos para além das partes do processo. Bem vistas as coisas, a função assumida pelo *amicus curiae* reside em examinar o caso concreto do ponto de vista da norma jurídica, a fim de relacionar o caso sob exame com a jurisprudência já consolidada nos tribunais e outros valores jurídicos, bem como pensar e analisar as implicações das soluções jurídicas possíveis para outras disputas jurídicas semelhantes.” (PEREIRA, Paula Pessoa. Legitimidade dos Precedentes: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 117).

³³² Como exemplo pode-se mencionar Felipe de Melo Fonte e Natália Goulart, para os quais o *amicus curiae* seria o representante adequado das partes ausentes: “os jurisdicionados vulneráveis à decisão pretoriana, ou seja, tanto os litigantes quanto parte da sociedade indiretamente afetada, podem fazer-se representar pelo *amicus curiae* no desenredar processual.” (FONTE, Felipe de Melo; CASTRO, Natália Goulart. *Amicus curiae*, repercussão geral e o projeto de código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* **Novas tendências do processo civil**. v. I. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 881).

possibilidade de as partes dos processos sobrestados dele participarem diretamente nessa condição, ou de que o próprio *amicus* seria o representante adequado dessas partes.

Como reforço desse entendimento, o artigo 138 do mesmo diploma legal menciona a possibilidade do *amicus* recorrer da decisão que fixar a tese jurídica no incidente, confirmando que as expressões utilizadas pelo artigo 983, e acima descritas, realmente referir-se-iam ao *amicus curiae*, figura aberta que comportaria a interpretação de se tratar das partes ausentes.

Outros autores, no entanto, compreendem que a figura do *amicus* não poderia ser confundida com o das partes dos processos suspensos³³³, tampouco com a de um representante dessas, com o que concordamos, justamente em razão do *interesse* que tradicionalmente se atribui ao *amicus curiae*, que não seria um *interesse jurídico* no sentido estrito do termo³³⁴, mas apenas *institucional*³³⁵.

³³³ Rodolfo de Camargo Mancuso tece essa distinção observando que o *caput* do artigo 983 da Lei 13.105/2015 estaria a se referir às partes dos processos que contenham a mesma questão de direito discutida no incidente, enquanto que o parágrafo desse mesmo dispositivo referir-se-ia ao *amicus curiae*: “Ao nosso ver, o citado art.983, *caput*, não tem em mira — ao menos não especificamente — a figura do *amicus curiae*, que, pelas características descritas no art. 138, *caput*, do novo CPC, parece melhor identificado com o segmento referido no § 1º desse dispositivo, onde se alude à oitiva de ‘pessoas com experiência e conhecimento na matéria’ — parecendo-nos, assim, que o *caput* do art. 983 sinaliza, antes e precipuamente, para as partes, originais e supervenientes nos processos individuais sobrestados, a par dos demais colegitimados à instauração do IRDR.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: RT, 2016. p. 258). No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno defende que a menção a “partes” do *caput* do artigo 983 designaria “qualquer parte individualmente considerada que tenha processo seu suspenso mercê da instauração do incidente (art. 982, I), possa se manifestar diretamente no Tribunal para expor suas razões sobre a resolução da questão de direito” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: Lei n. 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 585). Também Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “A participação de tais pessoas e órgãos não se confunde com a participação do *amicus curiae*: neste caso, a pessoa, órgão ou entidade deve auxiliar o juízo no esclarecimento da matéria que é posta em discussão. No caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o CPC 983 dá a entender que essas pessoas e órgãos funcionariam como espécie de terceiros intervenientes, com interesse na solução do incidente e que poderiam agir de forma direcionada a determinado objetivo.” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1974).

³³⁴ “ (...) considerando-se que, no direito brasileiro, esta figura é vista como um terceiro objetivamente interessado, e que, portanto, não apresenta interesse (ou prejuízo) jurídico próprio com a decisão, parece ser a figura incompatível com a defesa que aqui se pretende, que é abertamente de alguém que sofrerá prejuízo direto, próprio e específico, em razão da decisão judicial.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Disponível em: <http://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES>, acesso em 16/09/2016).

³³⁵ Este é o entendimento de Luiz Henrique Volpe Camargo: “Para dar legitimidade a esse feito, o projeto assegura, nas suas duas versões, o *contraditório institucional*, isto é, possibilidade de participação de *amicus curiae* e a oitiva obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, salvo quando ele mesmo, Ministério Público, solicitar a instauração do incidente. (...) Além deste *contraditório institucional*, as partes dos processos suspensos ou os titulares do direito objeto da controvérsia que ainda não tiverem submetido a questão à apreciação do Poder Judiciário, podem, depois de demonstrar essa condição, requerer a sua admissão no incidente para fornecer subsídios ao seu julgamento. É a exegese que se faz da expressão ‘pessoas’ que está contida no art. 935/Senado e no art. 992/Câmara.” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no*

Como afirma Cassio Scarpinella Bueno, o interesse que legitima a intervenção do *amicus curiae* não está embasado em uma relação jurídica subjetiva que esse detenha com uma das partes, mas sim em “interesses e direitos outros que se relacionam, intimamente, com sua própria razão de ser, juridicamente — e institucionalmente — falando”³³⁶.

O interesse que incentiva a participação do *amicus curiae* não se enquadra, pois, no conceito de *interesse jurídico* no sentido técnico-processual do termo³³⁷, mas sim como um interesse ligado às finalidades institucionais do ente ou, no caso de pessoa física, a interesses outros que o afetem de alguma maneira.

Não há como negar que o *amicus* tenha algum interesse no julgamento da causa. Há algum tempo se vem abandonando a ideia de que ele seria um sujeito processual neutro, disposto a colaborar com o juízo apenas pelo brio de auxiliar na esmerada aplicação do ordenamento jurídico nacional³³⁸. O que se salienta é que esse *interesse* consiste em algo

projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, e outros (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 300 - 301). No mesmo sentido versa Leonardo José Carneiro da Cunha, para quem o *amicus curiae* “pode ser uma entidade privada ou pública, que desempenha atividades relacionadas com o tema a ser examinado pelo tribunal. Sua atuação tem a finalidade de apresentar argumentos, dados ou elementos que contribuam para a prolação de uma melhor decisão, permitindo ao tribunal examinar, adequadamente, todas as nuances da questão, ponderando os vários pontos de vista. O *amicus curiae* tem interesse institucional de contribuir com a decisão a ser proferida pelo tribunal, seja porque sua atividade está relacionada com o assunto a ser examinado, seja porque desenvolve estudos sobre o tema.” (CUNHA, Leonardo José da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, nº 193, ano 36, p. 255-280, mar., 2011, p. 268-269).

³³⁶ “Nesse sentido, o ‘jurídico’ do interesse deve ser capturado não mais a partir de uma específica relação jurídica deduzida em juízo, mas, diferentemente, a partir de seu estado ‘bruto’ na sociedade ou, quando menos, em um específico grupo suficientemente organizado ou, ainda, no próprio Estado, nas suas variadas funções e facetas, mas sempre voltado ao atingimento da finalidade pública ‘primária’” (...) “E por isso — só por isso — é que propomos o emprego do nome ‘interesse institucional’ como designativo do interesse que justifica, legitima, o ingresso do *amicus curiae*” (...) “O que ocorre é que o interesse que motiva sua intervenção não diz respeito às posições subjetivas e individuais expostas no processo em que contendem autor e réu. Trata-se, bem diferentemente, de um interesse que transcende as esferas jurídicas das partes e que se relaciona muito mais a interesses institucionais.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 270 e 460 - 461).

³³⁷ Como salienta Cassio Scarpinella Bueno: “o grande traço distintivo dessa figura com aquelas catalogadas como de intervenção de terceiros, de acordo com o Código de Processo Civil (...), é, fundamentalmente, mas não exclusivamente, a ausência de um ‘interesse jurídico’, entendido como aquele que decorre de uma específica relação jurídica-base entre dois ou pouco mais de dois indivíduos, que tem tudo para ser afetada, direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, pela decisão (ou decisões) a ser(em) proferida(s) em processo em que contendem outras pessoas.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145).

³³⁸ Como menciona Gustavo Santana Nogueira: “O *amicus* não possui esse vínculo com nenhuma das partes, até porque a doutrina majoritária entende que não há partes nas ações de controle de constitucionalidade, porém ele possui interesse em que a decisão sobre a constitucionalidade ou não das leis seja de um determinado conteúdo, por lhe interessar indiretamente. A sua intervenção não é imparcial, intervindo ele para defender uma tese jurídica que pode lhe beneficiar, mas sem o interesse jurídico que justifica a assistência. Para nós, o *amicus* intervém para

diverso do *jurídico* em sentido estrito, podendo consistir em um interesse econômico, político, religioso, social, acadêmico, cultural, dentre outros.

É de conhecimento comum, e reconhecido pela doutrina, que as decisões judiciais acabam por afetar, indiretamente, diversas outras pessoas que não somente as partes do litígio, em seus mais variados interesses. É por essa razão, aliás, que o ordenamento pátrio vêm acolhendo a participação do *amicus curiae* nas causas de maior relevância (econômica, social, etc.) das matérias discutidas, a fim de não somente fornecer informações técnicas, mas igualmente de elucidar os reflexos que eventual decisão em algum sentido possa surtir na sociedade³³⁹. No caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por exemplo, há referência expressa dessa exigência acerca da “relevância da matéria” para se admitir a “manifestação de outros órgãos ou entidades”³⁴⁰, expressão repetida pelo artigo 138 do Código de Processo Civil. Não há, portanto, como negar a existência de algum interesse por parte do *amicus*.

As partes dos processos sobrestados, por outro lado, possuem *interesse jurídico*³⁴¹ na decisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pois, embora tenhamos aqui adotado o entendimento de que se trata de um procedimento objetivo, desvinculado, portanto, dos direitos subjetivos das partes do processo originário, serão aquelas afetadas em sua esfera jurídica pela tese adotada no incidente de maneira contundente³⁴². Cabe lembrar que não são

defender um interesse institucional”. (NOGUEIRA, Gustavo Santana. Do *amicus curiae*, **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 16, n. 7, 2004, p. 22/35. p. 28).

³³⁹ Como afirma Luiz Guilherme Marinoni: “A participação do *amicus* é importante quando se está a discutir questões de direito de amplo interesse, para cuja solução não raramente é preciso dissipar divergências presentes na sociedade, de conteúdo moral, religioso, econômico ou que afetam direitos fundamentais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91).

³⁴⁰ Artigo 7º, parágrafo segundo da Lei 9.868/99, acima transcrito em nota de rodapé.

³⁴¹ Assim também entende Marcos de Araújo Cavalcanti ao se referir às partes dos processos repetitivos, as quais teriam “*interesse jurídico* no resultado do julgamento do IRDR, pois a decisão influirá diretamente na relação jurídica travada entre elas e seus adversários nos processos repetitivos, alcançados pela instauração do incidente”. (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 238).

³⁴² Como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, o “interesse na controvérsia” referido no artigo 983 da Lei 13.105/2015 não estaria relacionado ao próprio interesse individual judicializado das partes dos processos suspensos, mas “ao interesse transcendente àqueles lindes, representado pela fixação tecnicamente consistente da *tese jurídica* que irá parametrizar o deslinde dos demais processos sobrestados, em que tal questão de direito vem suscitada massivamente, não havendo exagero em, se reconhecer que o IRDR promove uma sorte de *objetivação* da questão de direito controvertida”, não havendo como “baralhar a figura do *amicus curiae* com a dos legitimados à sua instauração, mormente as partes, cuidando-se, naquele primeiro caso, de uma participação *institucional*, no sentido de que visa agregar valor e legitimidade à tese jurídica a ser ao final assentada, não tendo o *amicus* interesse *pessoal e direto* na causa.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: RT, 2016. p. 259 e 261).

raros os casos em que o deslinde final da causa depende direta e quase exclusivamente do sentido que se dê à questão de direito objeto do incidente³⁴³.

Deste modo, embora de maneira semelhante ao *amicus curiae*, o interesse das partes dos processos que contenham a mesma questão de direito objeto do incidente não possa ser caracterizado como um *interesse jurídico*, no sentido que usualmente se atribui aos terceiros para autorizar a intervenção no Direito processual civil nacional, não deixa de poder ser classificado como tal, já que sua relação jurídica será afetada pela tese³⁴⁴.

Não há assim, conforme entendemos, e acompanhados por parte da doutrina pátria, como confundir ou cindir as figuras do *amicus curiae* e das partes dos processos repetitivos no procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Entendemos que, quando o artigo 983 do Código de Processo Civil se refere às “partes” (no *caput*), nela inclui o representante das partes dos processos suspensos, enquanto a expressão “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (*caput*) e “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (parágrafo primeiro) corresponderia a todos os entes ou sujeitos com interesses outros que não o *jurídico* na fixação da tese, ou seja, os *amici curiae*³⁴⁵.

³⁴³ A exemplo das inúmeras ações no país que discutem expurgos inflacionários; revisões do valor de aposentadorias de professores para exclusão do fator previdenciário; a limitação de desconto referente a empréstimo consignado em folha de pagamento; e a exclusão do ICMS da conta de energia elétrica de consumidores. Em todos estes casos, a questão central discutida refere-se à tese jurídica a ser fixada, estando a prova fática em segundo plano, limitada à comprovação documental, sendo aquela fundamental para a sorte do autor em ver seu pleito acolhido ou não.

³⁴⁴ Neste mesmo sentido, Sofia Temer defende que: “caso o sujeito que pretenda intervir seja parte em processo em que será aplicada a tese, terá interesse jurídico e, assim, não atuará na condição de *amicus curiae*.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 185-186).

³⁴⁵ Acerca dessas definições, há muitos entendimentos doutrinários divergentes. Destacamos os seguintes: Luiz Guilherme Marinoni entende que “partes” a que se refere o artigo 983 seriam as partes dos processos originários e o representante adequado dos ausentes, já “interessados” e “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” seria o *amicus curiae*: “O relator obviamente deve ouvir as partes, sejam as partes do processo originário (demanda repetitiva que deu origem ao incidente), sejam os legitimados à tutela dos direitos dos litigantes excluídos, isto é, os representantes adequados. Mas também poderá ouvir ‘interessados’, isto é, ‘pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia’. O interessado é o terceiro sem interesse jurídico (...) O terceiro, assim, intervém como *amicus curiae*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 90 - 91); Rodolfo de Camargo Mancuso entende que “partes” do *caput* do artigo 983 seriam as partes dos processos sobrestados, “demais interessados” seriam partes de processos que contenham a mesma questão de direito e que não estejam sobrestados, enquanto “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” seriam os *amici curiae*: “Ao nosso ver, o citado art. 983, *caput*, não tem em mira — ao menos não especificamente — a figura do *amicus curiae*, que, pelas características descritas no art. 138, *caput*, do novo CPC, parece melhor identificado com o segmento referido no § 1º desse dispositivo, onde se alude à oitiva de ‘pessoas com experiência e conhecimento na matéria’”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 258). Nelson Nery e Rosa Nery adotam uma visão mais restrita de *amicus curiae* (de que esse não poderia ter interesse algum, de que natureza fosse, no deslinde da causa), por isso chegam à conclusão de que “pessoas, órgãos e entidades com interesse na

Como já comentamos, o Código de Processo Civil não é técnico ao utilizar as expressões para designar os sujeitos processuais do incidente; por esta razão há necessidade de se sistematizar a matéria, analisando cada dispositivo para identificá-los.

Entendemos que ambas as locuções empregadas pelo legislador acima mencionadas queiram se referir à figura do *amicus curiae* justamente por consistirem em fases diversas da instrução processual. O *caput* do artigo menciona a fase estritamente escrito do procedimento: de apresentação de petições, juntadas de documentos, e requerimentos de novas diligências, no qual todos devem ter permissão para participar, inclusive o *amicus* e o Ministério Público, tudo a respeitar o mais amplo contraditório.

O parágrafo primeiro do artigo 983, por sua vez, menciona a possibilidade de o relator designar audiência pública para ouvir “pessoas com experiência e conhecimento na matéria”, ou seja, a audiência é marcada especialmente para se ouvir oralmente especialistas da matéria, quando o relator poderá solucionar dúvidas técnicas, por exemplo. Sua realização ficará, portanto, à escolha do relator, que a designará se assim entender necessário.

Desta forma, se a participação do *amicus* ficasse restrita a esta audiência, esses poderiam ficar prejudicados no caso de sua não realização, contrariando a intenção do próprio legislador de ampliar o campo de abrangência das discussões travadas no incidente, de maneira a formar uma decisão mais sólida e consistente.

Quanto à articulação “demais interessados” a que se refere o *caput* do dispositivo acima mencionado, já ressaltamos no segundo capítulo que, para nós, ela referir-se-ia às partes dos processos sobrestados que, eventualmente, quisessem participar do incidente e que trouxessem novos argumentos que pudessem contribuir para as discussões.

Mas note-se que estes “demais interessados”, assim como o *amicus curiae*, não possuem intervenção obrigatória no incidente³⁴⁶. O que o Código de Processo Civil determina é

controvérsia” do art. 983, *caput*, referir-se-ia a terceiros intervenientes com algum interesse na causa, não podendo se tratar do *amicus curiae*: “A participação de tais pessoas e órgãos não se confunde com a participação do *amicus curiae*: neste caso, a pessoa, órgão ou entidade deve auxiliar o juízo no esclarecimento da matéria que é posta em discussão. No caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o CPC 983 dá a entender que essas pessoas e órgãos funcionariam como espécie de terceiros intervenientes, com interesse na solução do incidente e que poderiam agir de forma direcionada a determinado objetivo.” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1.974).

³⁴⁶ Ressaltamos o posicionamento de Luiz Henrique Volpe Camargo em sentido contrário ao aqui defendido ao comentar o artigo 935 do texto aprovado pelo plenário do Senado Federal (Projeto de lei nº 166/2010) e artigo 992, *caput*, do texto aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (Projeto de lei nº 8048/2010), ambos com a mesma redação do atual artigo 930, *caput*, da Lei 13.105/2015: “Note-se que o texto está no imperativo (‘ouvirá’), o que revela que a intimação de *amicus curiae* é indispensável, sob pena de ser ilegítimo o resultado do

a obrigatoriedade da permissão para a sua participação, desde que seja pertinente³⁴⁷. Então, esta participação poderá ocorrer ou não, caso não haja solicitação de indivíduo ou ente algum, ou caso os que apareçam não sejam capazes de contribuir para as discussões.

Por mais essa razão entendemos que nem os “interessados”, nem o *amicus curiae* possam ocupar a posição de representante dos ausentes, já que a participação desse, sim, é obrigatória para resguardar o devido processo legal³⁴⁸.

E, por isso mesmo, a participação dos “interessados” e do *amicus curiae* não estará, para nós, condicionada a que esses representem todos os ausentes, de maneira que seus fundamentos jurídicos sejam os mais abrangentes e que possuam atributos pessoais necessários para ocupar essa posição, mas que apenas possam, de alguma forma, enriquecer o debate com um ou alguns novos argumentos.

4.2. DOS LEGITIMADOS PARA AS AÇÕES COLETIVAS

Como já mencionamos, o Código de Processo Civil de 2015 não é claro em estabelecer os sujeitos processuais do incidente, restringindo-se a mencionar “partes” e “interessados”, sem nada mencionar a respeito das partes dos processos sobrestados que contêm a mesma questão de direito discutida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Assim, considerando ainda o silêncio legislativo em relação à representação adequada das partes dos processos repetitivos, e visando a recuperação do instituto de uma provável

incidente por inexistência do contraditório institucional.” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, e outros (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 301). Discordamos desse por entender que a participação do *amicus* no incidente não é obrigatória, sendo apenas permitida, caso apareçam interessados e que sua participação se revele pertinente.

³⁴⁷ Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, tratando da representação adequada do *amicus curiae* em processos de controle de constitucionalidade, acentuou a necessidade de esse apresentar “razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a propiciar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.” (STF, Tribunal Pleno. ADI 2.321/DF-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJU 10.06.2005, p. 4).

³⁴⁸ Esta observação é também feita por Heitor Vitor Mendonça Sica: “Esse risco de déficit de representatividade adequada pode não ser suficientemente sanado pela possibilidade de intervenção de pessoas físicas e jurídicas (especialmente entes de classe como sindicatos e associações) para ampliação do contraditório na formação de uma decisão apta a atingir uma pluralidade indeterminável de sujeitos (esses intervenientes são denominados pelo art. 138 do CPC de 2015 de *amici curiae*). Isso porque os poderes dos *amici curiae* são limitados em comparação aos da parte e sua intervenção (que embora possa ser provocada, no mais das vezes será espontânea) não é obrigatória para validade da decisão a ser proferida.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Linhas Fundamentais do novo Código de Processo Civil brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/17570697/2015_-_Linhas_fundamentais_do_novo_CPC_brasileiro>, acessado em 19.01.2019.)

inconstitucionalidade por afronta ao princípio do devido processo legal, Luiz Guilherme Marinoni³⁴⁹ oferece a proposta de utilização do rol de legitimados ativos para o ajuizamento de ações coletivas, existente na Lei 7.347/85³⁵⁰ e na Lei 8.078/90³⁵¹.

Como lembra o autor, os direitos individuais homogêneos são direitos de grupos “violados em massa”, ou seja, “decorrentes de uma origem comum”. Tais direitos estariam todos relacionados a uma mesma questão (*questão comum* ou *questão idêntica*) a ser solucionada na ação coletiva, consistente na apuração da responsabilidade pelos danos, responsabilidade em virtude de inadimplementos ou dever decorrente dos ilícitos. Deste modo, a *questão idêntica*, objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, consistiria exatamente na *questão prejudicial* que formaria os direitos individuais homogêneos, a serem tutelados pelas ações coletivas³⁵².

De acordo com este raciocínio, o fato do incidente estar restrito à análise de uma mesma *questão de direito* em nada afetaria a legitimidade dos entes autorizados à tutela dos

³⁴⁹ Para o autor, a “ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça” acerca da instauração e o julgamento do incidente, prevista no artigo 979 da lei 13.105/2015, forneceria aos vários legitimados à tutela dos direitos em disputa, nos termos das leis 7.347/85 e 8.078/90, a possibilidade de ingressar no procedimento para a defesa dos direitos. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 48 - 50; MARINONI, Luiz Guilherme. O “Problema” do **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 249, ano 40, p. 399-419, nov. 2015. p. 410). Com ele concorda Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 129 e 239-240).

³⁵⁰ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

³⁵¹ “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.”

³⁵² Por esta mesma razão, Marcos de Araújo Cavalcanti defende que “o microsistema processual coletivo brasileiro deve ser adotado *subsidiariamente* ao IRDR quando se estiver diante de ocasional cenário de omissão legislativa. Ambos os sistemas interagem e devem ser interpretados mutuamente, como forma de suprir indesejáveis lacunas legislativas eventualmente existentes.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 238 - 239).

direitos individuais homogêneos, os quais poderiam perfeitamente representar as partes ausentes no Incidente.

Para tanto, o autor entende que as associações seriam as mais indicadas para ocupar este posto de representação, mas, tendo em vista a sua insuficiência para a defesa de todos os tipos de direito na realidade brasileira, ressalta que algumas limitações impostas ao Ministério Público e à Defensoria Pública no âmbito das ações coletivas deveriam ser relevadas. A Defensoria Pública não deveria, no processamento do incidente, ficar restrita à atuação em favor dos economicamente desfavorecidos, e ao Ministério Público estaria permitido a defender qualquer direito individual homogêneo, independentemente de sua natureza, ou seja, incluindo os disponíveis.

Isso ocorreria porque, no incidente, o importante não seria encontrar alguém que detivesse uma relação próxima com os direitos discutidos, mas de um sujeito que possuísse legitimidade para suprir a não participação dos excluídos.

De todo o exposto, não obstante concordemos com o autor quanto à proximidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com as ações coletivas (como exposto ao longo do primeiro capítulo deste trabalho) e quanto ao fato de que a representação dos ausentes no incidente assumiria papel ainda mais relevante em relação a essas ações, em razão da coisa julgada sobre questão nele ser *pro et contra*, ou seja, poder prejudicar os excluídos, ao contrário do que ocorre com essas ações, nas quais a coisa julgada só pode atingi-los para os beneficiar (ao menos quanto à seus direitos individuais)³⁵³, não há como deixar de observar que a solução para a representação adequada apresentada possa conter alguma dificuldade.

Há fortes críticas da doutrina nacional a respeito da falta de representação adequada dos entes legitimados para a tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Embora haja atenuação do problema em relação a esses últimos, devido à força da coisa julgada (*secundum eventum litis*), que não prejudica, ao menos em tese, os direitos individuais envolvidos, em relação aos demais, o lapso persiste.

³⁵³ Não desconhecemos a ressalva feita pela doutrina quanto à hipótese de direitos individuais ínfimos, os quais não compensariam as custas decorrentes do processo judicial, tornando inviável discuti-los individualmente; bem como quanto à provável chance de insucesso da demanda individual depois do fracasso da ação coletiva; dentre outras dificuldades já enumeradas no item 1.3 deste trabalho (acerca do tema vide: ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014). O que desejamos salientar, contudo, é que, ao menos formalmente, não há a vinculação legal dos titulares dos direitos individuais quanto à decisão contrária aos seus interesses formada na ação coletiva da maneira como ocorre no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Assim, quanto aos direitos coletivos e difusos, a legislação brasileira estabelece que a sentença “fará coisa julgada *erga omnes*” ou “*ultra parte pro et contra*”, “exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas”³⁵⁴. Ou seja, nas ações coletivas que veiculem direitos difusos e coletivos, a sentença de improcedência, formada a partir de provas reputadas satisfatórias, atingirá toda a coletividade, grupo, categoria ou classe, tornando a representação adequada ainda mais relevante.

E, mesmo no caso de ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, há prejuízo, pois a sentença não impedirá os membros do grupo representado de postularem em juízo seus próprios interesses lesados, mas impossibilitará aos co-legitimados ajuizarem nova ação coletiva em face da mesma causa de pedir e pedido³⁵⁵.

Apesar da importância central da representação para a preservação dos direitos dos ausentes nas ações coletivas, o entendimento majoritário que se formou no Brasil é de não aceitação do controle judicial de sua adequação³⁵⁶ nos padrões do Direito norte-americano.

³⁵⁴ Lei 8.078/90:

“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.”

³⁵⁵ Antonio Gidi ressalta este equívoco: “(...) os direitos transindividuais e a tutela coletiva dos direitos individuais estarão definitivamente precluídos em caso de improcedência e a mesma demanda coletiva em tutela do mesmo direito (difuso, coletivo e individual homogêneo) não poderá ser reproposta. Ou seja, a coisa julgada se forma *pro et contra*, independentemente do resultado da demanda, para atingir os direitos transindividuais e a pretensão coletiva dos direitos individuais homogêneos (...)”. (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 290).

³⁵⁶ A título de exemplo, podem-se mencionar: Pedro Dinamarco (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001); Nelson Nery Junior e Rosa Nery (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015); Arruda Alvim (ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; e MARINS, James. **Código do Consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995); Marcelo Abelha Rodrigues (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2204, p. 230-233); Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004); Gregório Assagra de Almeida (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007); e Ricardo Negão (NEGRÃO, Ricardo. **Ações Coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa**. São Paulo:

O Projeto de Lei nº 3034/1984, denominado *Projeto Bierrenbach*³⁵⁷, que deu origem à Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, previa expressamente o controle judicial acerca da representação adequada, fixando os critérios para a sua avaliação. O referido dispositivo do projeto, no entanto, foi vetado pelo Poder Executivo, mantendo-se somente as regras acerca dos legitimados para a postulação em juízo.

Por esta razão, parte da doutrina nacional mencionada entendeu que haveria uma presunção absoluta de representação adequada dos entes legitimados pelo legislador. O controle da representação adequada no Brasil seria, assim, *ope legis*, e não *ope judicis*, como no modelo das *class action* (conforme visto no capítulo anterior)³⁵⁸.

Os únicos entes legitimados a receber algum critério formal para a sua avaliação foram as associações, para as quais se estabeleceram os requisitos de pré-constituição e funcionamento há pelo menos um ano, e que tivessem incluída entre seus fins institucionais a proteção ao “patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Essa regra, no entanto, se mostrou extremamente frágil e insuficiente. Lembramos que os requisitos para a constituição de uma associação em nosso país são mínimos, bastando a união de vontade de duas pessoas, o que aponta para a possibilidade de que ela não represente os interesses sociais do grupo³⁵⁹.

Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004). Esta era a posição de Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 1999), a qual alterou seu entendimento já no ano de 2002 (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* 1/15, 2002).

³⁵⁷ O projeto de Lei Flávio Bierrenbach foi elaborado a partir dos trabalhos de uma comissão formada pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., e propunha um controle judicial da representação adequada limitado às associações. No entanto, um projeto substitutivo resultante dos trabalhos dos promotores de justiça Antônio Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr. foi assumido pelo Ministério Público de São Paulo e pela Confederação Nacional do Ministério Público, sendo encaminhado ao Ministério da Justiça. Essa última proposta teve tramitação legislativa mais célere e acabou aprovada, com algumas alterações e vetos, resultando na atual Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

³⁵⁸ Como menciona Gregório Assagra de Almeida: “(...) no Brasil, a representação adequada, diversamente do sistema norte-americano, é aferida antecipadamente pelo próprio legislador (*ope legis*), conforme se extrai do rol dos representantes adequados constantes de vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 114-115).

³⁵⁹ Ricardo de Barros Leonel ressalta o risco de “ajuizamento de ações temerárias, sem fundamento razoável, por entidades que não tenham estofa moral ou técnico para promover a defesa coletiva em juízo e proponham a ação por motivos simplesmente políticos ou emulatórios; ajuizamento de ação por associação instituída com a exclusiva finalidade de obter um provimento para legitimar uma conduta ilícita; demanda pré-destinada ao insucesso, mal

Ademais, como adverte Elton Venturi³⁶⁰, não são incomuns as ações coletivas ajuizadas por entidades que não “revelam qualquer comprometimento real com a defesa dos interesses meta-individuais ou, mesmo, idoneidade técnica ou financeira para conduzir com êxito a demanda coletiva”. Em muitos casos, essas entidades apresentariam estatutos sociais com objetivos de proteção demasiadamente amplos, abrangendo as mais diversas áreas, como consumidores, contribuintes, meio ambiente, patrimônio público, idosos, adolescentes, aposentados, dentre outros, sem demonstrar um mínimo de experiência na sua defesa, o que comprometeria sua legitimidade como representantes dos interesses coletivos em discussão.

Quanto aos demais legitimados, notadamente o Ministério Público e a Defensoria Pública, há o óbice do distanciamento desses entes com os reais problemas e interesses dos grupos afetados pelo litígio, e o requerimento de soluções que nem sempre atendem a seus anseios.

A previsão abstrata da lei não concede garantia alguma de que o legitimado atue de maneira vigorosa durante todo o processo ou mesmo que detenha conhecimento técnico suficiente para a correta defesa dos interesses coletivos. Não se está aqui a duvidar da competência ou seriedade dos referidos profissionais, mas da constatação da escassez de pessoal e de recursos desses órgãos públicos, além da complexidade que certas demandas coletivas envolvem³⁶¹.

fundamentada ou conduzida para uma absolvição do demandado, fruto de colusão entre o autor e o réu". (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 165). As mesmas preocupações são tecidas por Rodolfo de Camargo Mancuso em: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores** (*Lei 7.347/85 e legislação complementar*). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 84).

³⁶⁰ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 220 - 221.

³⁶¹ Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart: “Nessa singela previsão abstrata não há nenhuma garantia de que o legitimado possua qualquer compromisso com o direito a ser protegido ou mesmo conhecimento técnico suficiente para a correta defesa desse interesse. Não se pretende dizer que os legitimados para a tutela coletiva sejam incompetentes ou descompromissados; porém, é certo que, no extenso rol previsto na legislação brasileira, haverá aqueles que têm maior afinidade com certas áreas do que outros. E isso, sem dúvida, pode ser muito grave para o interesse protegido ou para o grupo ‘representado’”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela de direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 748.). Jordão Violin: além de destacar a limitação orçamentária do Ministério Público para a contratação de assistentes técnicos e a produção de provas dispendiosas, destaca que, embora se trate de “um órgão dotado de elevada capacidade técnica e com um histórico robusto na luta pelos direitos coletivos (...) não pode ser considerado sempre um representante adequado (...) obviamente, não somente os entraves financeiros podem prejudicar a atuação do órgão ministerial. A qualidade de atuação do Ministério Público não é uniforme. O Ministério Público não pode ser visto apenas sob o ponto de vista institucional, pois ele é composto por pessoas com diferentes graus de zelo, honestidade, dedicação e inteligência.”

Assim, um representante coletivo que tenha atuado de maneira desidiosa — seja por falta de recursos financeiros para arcar com os custos do processo e de seus advogados, despreparo desses profissionais, descaso ou eventual dolo de sua parte — não poderia ser considerado um representante adequado. No entanto, tal avaliação não passa pelo crivo do judiciário graças ao entendimento acerca da presunção legal de representação adequada dos legitimados ativos para as ações coletivas, o que evidencia um contrassenso do Direito nacional³⁶².

A questão toma uma amplitude ainda maior pelo fato de o representante, nas ações coletivas, não ter sido eleito, selecionado, ou sequer aprovado pelos representados. Como menciona Antonio Gidi³⁶³, “o representante obtém essa posição por manifestação da sua própria vontade, ao propor a ação em benefício de uma coletividade”. Portanto, “o mínimo que esse ‘representante’ deve ser é adequado”.

Não é por outra razão que na jurisprudência brasileira a preliminar da legitimidade ativa é tão discutida³⁶⁴. Em verdade, o que se busca averiguar não é o enquadramento do ente nas hipóteses elencadas pelas Leis 7.347/85 e 8.078/90, o que seria eminentemente simples, mas sim até que ponto tal sujeito é capaz de representar a coletividade ou grupo³⁶⁵ detentor dos

(VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 162).

³⁶² Antonio Gidi ressalta: “(...) no Brasil, um representante pode ser incompetente, relapso, medíocre, fraudulento e ainda assim a sua conduta no processo poderá vincular todo o grupo que ele representa (...) as ações (inações) desse representante refogem a todo e qualquer controle judicial, por mais evidentes que sejam as suas imperfeições.” (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, out./dez. 2002. p. 65).

³⁶³ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, out./dez. 2002. p. 70.

³⁶⁴ Observação feita por José Marcelo Menezes Vigilar. “O nosso sistema de verificação dessa condição [a de representante adequado] — ninguém em sã consciência o nega — carece de aperfeiçoamento. Fizemos uma suposta adesão ao denominado sistema *ope legis* crendo que, apenas por pertencermos à família jurídica da *civil law*, a previsão legal de um rol de legitimados bastaria à solução do problema. Puro engano (...) estivéssemos em um sistema *ope legis* (nunca estivemos porque ele é impraticável), e não se discutiria tanto, em juízo a preliminar de legitimação ativa!” (VIGILIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. in: GRINOVER, Ada Pellegrini; MANDÉS, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 313).

³⁶⁵ Cassio Scarpinella Bueno já havia observado esse fato no ano de 1996, o que se verifica no seguinte artigo: BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, n. 82, abril/jun. 1996. Antonio Gidi destaca que este equívoco também era cometido pela doutrina brasileira: “Legitimidade para agir é uma coisa, controle judicial da representação adequada é outra coisa. Uma aprendemos com os velhos processualistas italianos e a outra aprendemos da prática das *class actions* norte-americanas. A utilização desses velhos conceitos para compreender instrumentos importados do direito norte-americano é, não somente equivocada, como extremamente arriscada.” (GIDI, Antonio. **Rumo a um**

direitos discutidos em juízo³⁶⁶.

A confusão entre legitimidade ativa e representação adequada é, portanto, causada pela falta de previsão da possibilidade do controle dessa última pelo magistrado, demonstrando que a previsão legal de certos requisitos formais não se mostra suficiente para assegurar que a coletividade tenha seus direitos devidamente defendidos em juízo³⁶⁷, e, assim, a falência do sistema *ope legis* supostamente adotado por nós³⁶⁸.

Assim, por todas as objeções feitas pela doutrina quanto à presunção de representação adequada dos legitimados para a o ajuizamento das ações coletivas acima descritas, corroboradas pelo esforço tecido pela jurisprudência em estender a apreciação do requisito da legitimidade ativa a fim de barrar ações precariamente ajuizadas e representadas, entendemos não ser recomendável a simples utilização desse rol de entes para ocupar a posição de representante dos ausentes no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 111).

³⁶⁶ Veja o exemplo do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná em que se discutiu a legitimidade da *Associação de Proteção ao Meio Ambiente de Cianorte — APROMAC*, para a condução de ação civil pública questionando a concessão de EIA/RIMA a empreendimento de armazenagem e transbordo de combustíveis e líquidos inflamáveis, denominado *Parque de Tancagem (armazém de grãos líquidos) da CBL — CIA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA S/A*, na cidade de Paranaguá-PR. Em primeiro grau, a ação foi extinta por ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir, fazendo o magistrado expressa menção à falta de representação adequada da referida associação por suas finalidades institucionais serem “demasiadamente genéricas”. (Processo nº 0015293-5.2014.8.16.0129. Sentença de 17.08.2015). Essa decisão foi mantida em segundo grau de jurisdição, tendo o relator ressaltado, além da amplitude das finalidades institucionais da associação autora, o número reduzido de seus componentes e sua sede em Cianorte, cidade diversa de onde ocorridos os fatos questionados (Paranaguá): “Ainda que a legislação não exija que a sede da associação legitimada esteja no município de ocorrência do dano, tal fato apenas corrobora e evidencia a falta de pertinência temática, vez que não é razoável admitir que uma associação de outra localidade (Cianorte), com um número restrito de representantes, impugne ato ocorrido no município de Paranaguá (aproximadamente 600 Km de distância entre as municipalidades.” (Apelação Cível nº 1479880-4, TJPR. Acórdão de 17.06.2016).

³⁶⁷ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr ressaltam: “(...) não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades. É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela *desses importantes direitos*, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 187). (Grifo do autor)

³⁶⁸ O equívoco é lembrado por Marcelo Malheiros Cerqueira: “O que é objeto de intenso debate na doutrina brasileira é a forma como se deve efetuar o controle da adequação da atuação do substituto no processo: se por meio da lei e, portanto, prévia e abstratamente (controle *ope legis*), ou se pelo juiz no caso concreto (controle *ope judicis*). O controle *ope legis*, na realidade, surgiu em virtude de confusão da doutrina brasileira entre o instituto da legitimidade *ad causam* extraordinária e o pressuposto processual da atuação adequada.” (CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 17, n. 66, abr/jun. 2009. p. 3).

Se, no âmbito das ações coletivas, os referidos legitimados já apresentam déficit de representação, não vemos como transportar tal sistemática diretamente ao Incidente, pois as diferenças existentes entre os mecanismos dos dois institutos não são suficientes a sanar seus problemas.

Embora nas ações coletivas possam estar em discussão direitos subjetivos dos indivíduos, exigindo maior proximidade do representante/legitimado em relação à situação fáticas dos representados, isso não necessariamente ocorrerá, pois, como já defendemos, há possibilidade, em relação aos direitos individuais homogêneos, de ajuizamento de ação coletiva para a discussão de uma *questão de direito* comum a todos os integrantes de uma grupo, o que não afastará a necessidade de que a conduta do representante seja adequada, tampouco de que tenha condições técnicas e financeiras de bem defender os interesses dos excluídos.

Assim, não se pode afirmar que, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pelo simples fato de se tratar de um procedimento de natureza objetiva, o representante esteja dispensado de comprovar sua idoneidade técnica, financeira e moral (boa-fé) para a condução das discussões. A despeito dos debates centrarem-se em uma questão de direito, não há como negar que o representante deva estar devidamente preparado para apresentar todos os argumentos possíveis na defesa dos interesses dos ausentes, e de que a sua conduta durante o procedimento seja efetivamente diligente.

Cabe lembrar que os entraves traçados em relação aos entes legitimados para as ações coletivas brasileiras não dizem respeito somente ao fato de não pertencerem ao grupo representado, causando um distanciamento quanto à realidade fática da situação dos envolvidos, mas também de sua capacidade (técnica, financeira, etc.) e disposição para a defesa robusta, vigorosa, e, assim, adequada, dos interesses dos ausentes.

Desta forma, entendemos que talvez a utilização desse rol de “corpos intermediários”³⁶⁹ não seja, ao menos em um primeiro momento, a opção mais recomendável para a solução do problema de quem possa consistir nesse representante adequado das partes dos processos sobrestados no incidente. Alternativas podem ser buscadas, inclusive no direito

³⁶⁹ Expressão utilizada por Antonio Gidi para designar os legitimados ativos das ações coletivas (GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, p. 52-66, abr/jun. 1995; **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 9, p. 285-305, out. 2011).

estrangeiro, como a legitimação do indivíduo, consistente em uma das partes dos processos suspensos, mediante escolha criteriosa e controlada pelo magistrado³⁷⁰.

De qualquer maneira, seja quem for o escolhido, defendemos que a avaliação da adequação da representação tem de ser realizada pelo magistrado, razão pela qual analisaremos a seguir a possibilidade de sua concretização no cenário nacional.

4.3. DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA ADEQUAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

Como consequência às críticas realizadas quanto à presunção de representação adequada dos legitimados para as ações coletivas houve, nesta seara, grande discussão acerca da possibilidade do controle dessa adequação pelo magistrado. Acreditando serem os argumentos postos nesse debate de grande valia para este trabalho, deles nos valeremos para analisar a viabilidade do controle da representação adequada no âmbito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Pois bem; quanto às ações coletivas, os argumentos utilizados pela doutrina para se opor ao controle judicial da representação adequada podem ser resumidos em quatro pontos: a) a desnecessidade de tal aferição; b) o fato deste controle já teria sido realizado pelo legislador; c) a incompatibilidade com a *tradição romano-germânica* do sistema processual nacional; d) e o perigo de amesquinamento e restrição do acesso à tutela coletiva.

A primeira objeção, quanto à desnecessidade do controle, centra-se nas ideias de que a coisa julgada nas ações coletivas poderia apenas beneficiar os membros do grupo, nunca prejudicá-los; e de que o Ministério Público já realizaria esse encargo na condição de fiscal da lei. Assim, em ambas as hipóteses, o controle judicial se faria dispensável, tanto pela inexistência de maiores prejuízos que uma representação inadequada pudesse causar aos direitos individuais,

³⁷⁰ Cabe aqui a observação feita por Eurico Ferrasi: “Se a pessoa física, o membro do grupo, categoria ou classe, pertence ao grupo social, obrigá-los a depender de corpos intermediários ou estatais para fazer valer um direito que também é seu, afigura-se antes de tudo, arbitrário e inconstitucional.” Embora o autor se refira à legitimidade dos indivíduos para o ajuizamento das ações coletivas, entendemos suas considerações cabíveis ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. (FERRASI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 143).

como pelo fato de o Ministério Público já se incumbir da reprimenda a uma atuação inadequada do representante.

A menção de que a coisa julgada somente beneficiaria os membros do grupo já foi comentada no item anterior, sendo descabida uma vez que ela (a coisa julgada) inviabiliza a repropositura da ação coletiva, seja em relação a direitos difusos e coletivos, seja no tocante aos direitos individuais homogêneos, causando prejuízos de qualquer forma³⁷¹. Assim, partindo-se do entendimento de que ninguém poderá ser prejudicado em seus interesses sem ser notificado e ouvido antes da prolação da decisão, eventual falta de representação adequada dos membros do grupo envolvido fere o princípio do devido processo legal, assegurado constitucionalmente, exigindo a análise da adequação dessa representação pelo magistrado.

Observamos que essa alegação de desnecessidade de controle a respeito da representação adequada em razão de ausência de prejuízo aos ausentes também poderia ser cogitada por alguns em relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, afirmando que nesse as discussões travar-se-iam somente em termos abstratos, restritas a questões de direito, não estando em pauta direitos subjetivos das partes.

Não podemos concordar com tal articulação. Como já defendemos ao apreciar a participação do *amicus curiae* neste capítulo, é indubitável que as partes ausentes possuam interesse jurídico na formação da decisão do Incidente, visto que a *tese* então formada será diretamente aplicada aos seus casos, sem possibilidade de questionamentos³⁷² e afetando de maneira crucial sua relação jurídica³⁷³. Não há, portanto, como vincular as partes a uma decisão

³⁷¹ Cabe lembrara a ressalva já feita neste trabalho de que, mesmo em relação aos direitos individuais dos membros, há prejuízo em casos de lesões ínfimas, que inviabilizam o ajuizamento de demandas individuais, e até mesmo pela improvável chance de insucesso da demanda individual depois do fracasso da ação coletiva.

³⁷² Lembramos que a Lei 13.105/2015 não prevê a possibilidade de pedido de revisão da *tese* jurídica pelas partes dos processos sobrestados, concedendo tal legitimidade somente ao Ministério Público e à Defensoria Pública, e, mesmo nessa hipótese, sendo a *tese* revisada só aplicável aos processos futuros que venham a abranger a mesma questão de direito. É o que se abstrai da leitura dos artigos 985 e 986 da lei 13.105/2015:

“Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. (...)

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.”

³⁷³ No mesmo sentido entende Sofia Temer: “O interesse do sujeito sobrestado, embora não se equipare ao clássico ‘interesse para intervenção’ (que, de regra, exige vínculo entre relações substanciais), é também um interesse

emitida em um incidente do qual não participaram ou não foram representadas adequadamente.

Mas voltando à apreciação dos questionamentos em relação às ações coletivas (que não deixam de ser relevantes para a apreciação do objeto deste trabalho), o segundo argumento quanto à desnecessidade do controle pelo magistrado da representação adequada, é embasado na afirmação de que essa função já seria exercida pelo Ministério Público.

Novamente não podemos concordar com este raciocínio. Primeiramente porque o poder decisório continua nas mãos do magistrado, de nada adiantando a fiscalização realizada pelo Ministério Público sem o acolhimento de sua manifestação pelo Poder Judiciário³⁷⁴. Em segundo lugar, nada garante que o Ministério Público, como autor da ação coletiva, seja um representante adequado, como já visto. Afinal, nesta condição, quem o fiscalizaria?³⁷⁵

Como visto, não obstante o Ministério Público tenha se mostrado, desde a sua criação, uma instituição séria e comprometida com a defesa dos direitos coletivos, é recomendável que também sua atuação passe pelo crivo do judiciário, seja para a proteção da coletividade, seja para estimular o ente a conduzir a causa com maior vigor. E, como eventual impugnação futura poderá vir a causar nulidade de todo o processo, o controle de sua representação adequada assegura não somente o devido processo legal, mas também zela pela economia processual, ao evitar o dispêndio de esforços e recursos em uma ação que não gerará frutos.

Observamos que o mesmo argumento quanto à suficiência da participação do Ministério Público poderia ser também levantado, por alguns, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, tendo em vista a determinação legal de intervenção “obrigatória” desse

jurídico, já que sua relação jurídica será afetada por ocasião da adoção da tese para julgamento de sua demanda.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 185).

³⁷⁴ A observação é feita por Antonio Gidi: “(...) não há qualquer contradição entre o ministério Público estar em melhores condições de controlar a adequação do representante e o juiz estar encarregado de decidir sobre essa questão. Aliás, essa é a base da divisão de trabalhos entre o Ministério Público e o Judiciário: o Ministério Público, de pé, alega e o juiz, sentado, decide. De nada adianta o membro do Ministério Público constatar a inadequação do representante em uma ação coletiva concreta, se ele não puder alertar o juiz sobre esse fato e requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito (...) Ademais, *quis custodiet ipsos custodes*? Quem fiscalizará o fiscal da lei quando ele for o autor de uma ação coletiva inadequadamente conduzida ou proposta? Uma representação inadequada prejudica os interesses do grupo, ainda que regada de boa vontade e boa-fé e abençoada pelo poder estatal.” (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, out./dez. 2002. p. 64). No mesmo sentido, André Vasconcelos Roque: “(...) não há qualquer incompatibilidade entre o controle judicial da representatividade adequada e a atuação do Ministério Público. pelo contrário: o controle judicial potencializa a fiscalização pelo promotor.” (ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodivm, 2015. p. 561).

³⁷⁵ De acordo com Fredier Didier Jr e Hermes Zaneti Jr: “Nem mesmo o Ministério Público poderia ser considerado um legitimado coletivo universal, pois também em relação à sua atuação se imporia o controle jurisdicional da sua legitimidade.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188).

ente em seu procedimento³⁷⁶. Além de não entendermos que sua participação seja obrigatória, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.936³⁷⁷, assim como ocorre nas ações coletivas, não se pode crer que somente por este fato a adequada representação dos ausentes estaria resguardada, até mesmo porque não há ao menos previsão legal de que este representante exista no incidente³⁷⁸.

A hipótese de que o controle da representação adequada seria incabível pelo fato de o legislador já ter o realizado, por sua vez, já foi igualmente descartada anteriormente por nós. O fato de o Brasil prever em lei a legitimidade de alguns entes para ajuizar ações coletivas nada tem a ver com a atuação desse representante. Observamos que o Direito norte-americano, também possui norma escrita quanto aos legitimados coletivos, que pode ser extraída da *Rule 23 (a) das Federal Rules of Civil Procedure*³⁷⁹, mas não se duvida que naquele país o magistrado possa, e até mesmo deva, realizar o controle da representação adequada. Portanto, não basta que o juiz verifique em abstrato a legitimidade do ente proponente da ação; há necessidade de que ele investigue se a atuação desse representante é suficiente no caso concreto oferecido.

A oposição quanto a esse controle em razão de suposta incompatibilidade com a *tradição romano-germânica* do sistema processual brasileiro também não nos parece plausível. Como ressalta Marcos de Araújo Cavalcanti³⁸⁰, “o direito romano também se utilizava do controle judicial da representação adequada”, na hipótese de mais de uma pessoa ingressar em juízo com ações populares, versando sobre o mesmo objeto. Neste caso, o *Digesto de Justiniano*

³⁷⁶ Lei 13.105/2015:

“Art. 976. É cabível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando houver, simultaneamente: (...)”

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.”

³⁷⁷ Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República em face de dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Os preceitos previam a possibilidade de o Desembargador Relator, quando da remessa à Procuradoria Geral de Justiça, dos autos de mandado de segurança e *habeas corpus*, extrair cópias autenticadas e as utilizar para o julgamento do feito nas hipóteses de ausência de parecer tempestivo. A Ação Direta foi julgada improcedente com base no reconhecimento de que “as normas regimentais impugnadas não eliminam a possibilidade de manifestação do Ministério Público, que não deixará de ser intimado nos casos de intervenção obrigatória” (STF, ADI 1.936, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, J 21.08.2002).

³⁷⁸ Já mencionamos neste trabalho que o legislador não foi claro ao definir as partes do incidente e igualmente não previu a existência de um representante das partes dos processos sobrestados que contivessem a mesma questão de direito discutida, muito menos o controle da adequação desse representante.

³⁷⁹ Versa a *Rule 23 (a)*: “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members (...)”.

³⁸⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 377.

(D. 47.23.3) determinava que fosse dada preferência à demanda que apresentasse melhores condições em termos de idoneidade e maior interesse pessoal no litígio³⁸¹.

Como lembra o autor, embora a grande maioria dos países de *tradição romano-germânica* tenha adotado critérios de representação adequada a serem preenchidos pelas associações no ajuizamento de ações coletivas, isso não exclui a possibilidade de que também se utilizem da técnica processual do controle judicial da representação adequada.

Não se pode esquecer que o próprio *Musterverfahren* alemão do mercado de capitais - *KapMuG* (visto no segundo capítulo deste trabalho), que teria servido de inspiração ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, exige que o tribunal de segunda instância, ao eleger o autor (*Musterkläger*) e o réu (*Musterbeklagte*) principal para o procedimento-modelo, verifique se os candidatos possuem representação adequada para defender os interesses das partes dos processos envolvidos.

Percebe-se, portanto, que, mesmo em países com a denominada *tradição romano-germânica*, o Poder Judiciário já é autorizado a verificar a adequação da representação no caso concreto, não havendo razão para a oposição quanto a tal ato.

Pois bem; superada essa alegação, resta-nos apreciar a preocupação de que o controle judicial a respeito da representação adequada possa causar risco à utilização das ações coletivas pela exigência de requisitos não previstos em lei. Autores como Elton Venturi³⁸², preocupados com a proteção de direitos constitucionais, temem que a falta de critérios objetivos conduza a uma restrição da propositura de ações coletivas, sendo utilizado como mais um instrumento de manipulação do poder Judiciário para extinguir ações coletivas sem análise do mérito.

Do mesmo temor compartilha Gregório Assagra de Almeida³⁸³, o qual ressalta a cultura de juízes e tribunais brasileiros de extinguir ações coletivas por questões processuais. O controle judicial da representação adequada poderia, então, além de ensejar procrastinação processual, tornar-se mais um mecanismo utilizado para impedir o prosseguimento dessas ações.

³⁸¹ Observação também realizada por Ricardo de Barros Leonel (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47).

³⁸² Nesse sentido assevera Elton Venturi: “Na verdade, apesar da possível degradação qualitativa das demandas coletivas com a ausência de um controle mais apurado quanto à adequada representatividade do autor, por outro lado, a presunção *ex lege*, da idoneidade das entidades legitimadas fomenta, teoricamente, um incremento quantitativo da tutela coletiva, cujos benefícios não podem ser desprezados, sobretudo numa fase que pode ainda ser qualificada como embrionária do sistema processual coletivo no Brasil.” (VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 226).

³⁸³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 115-125.

Realmente, o receio encontra fundamento diante do elevado número de ações coletivas extintas no país de maneira precoce em contraposição à realidade brasileira, ainda carente da concretização de diversos direitos civis.

Por outro lado, a limitação imposta às ações coletivas é um risco que persiste independentemente do controle sobre a representação adequada. Os próprios requisitos da pertinência temática para as associações e da correlação com as finalidades institucionais dos órgãos públicos para o reconhecimento da legitimidade ativa já apontam para uma tendência jurisprudencial em restringir o acesso às ações coletivas. Seus requisitos são formais e mesmo assim têm sido utilizados frequentemente como meio de obstrução das ações coletivas.

Desta forma, a preocupação em relação ao controle da representação adequada de que suas condições, pautadas em cláusulas abertas, possam fornecer espaço ao arbítrio judicial³⁸⁴, nesse ponto também aplicável ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, não persiste. Esse risco é inerente ao ato de julgar e existe mesmo no âmbito de rígida legalidade³⁸⁵. No atual estágio de nosso Direito, não há como se admitir que o representante haja de maneira

³⁸⁴ Neste ponto José Roberto dos Santos Bedaque afirma existir “(...) confusão, em sede doutrinária e jurisprudencial, entre discricionariedade e interpretação. Por mais amplo que seja o campo de atuação do juiz, no exercício da função de buscar o sentido da lei, sua decisão será sempre fundamentada e representará a única solução possível para a situação examinada, segundo seu entendimento. Em sede recursal, é perfeitamente admissível a obtenção de resultado diverso, visto que o órgão colegiado pode concluir ser outra a solução adequada ao caso concreto (...) Discricionariedade implica reconhecimento, pelo sistema jurídico, da possibilidade de adoção de duas ou mais soluções, cabendo ao ente público a opção por qualquer delas, pois todas são aceitas como legítimas, adequadas e corretas pelo Direito. Dentro desse limite estabelecido pela lei, está ele imune de controle. (...) se entendermos discricionariedade como juízo fundado em conveniência e oportunidade, o juiz não atua dessa forma.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 152-153). No mesmo sentido Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas: “Então, a decisão judicial tomada com base em norma que contenha conceito vago, ou inspirada por princípio jurídico, ou, ainda, em que foi aplicada norma consistente em cláusula geral, não conta com nenhum tipo de tolerância do sistema que pudesse significar que o controle que poderia a parte ter sobre ela ocorreria de modo menos incisivo, como ocorre com a discricionariedade administrativa.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no Direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 258).

³⁸⁵ Para Pontes de Miranda, o princípio de que o juiz está restrito à lei é “algo de ‘guia de viajantes’, de itinerário, que muito serve, porém não sempre. Equivale a inserir-se, nos regulamentos de fábrica, lei de física, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendermos que a palavra ‘lei’ substitui a que lá dever estar — ‘direito’ — já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. Esse é o *verdadeiro conteúdo* do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a ‘letra’ legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Seria a perfeição, em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mais: anti-social e — como a lei e a jurisdição servem à sociedade — absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só a eles, fosse a Ética, fosse a Ciência, fosse a Religião, fosse a Arte, respeitaria, se coincidissem com o papel escrito”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 274-275).

imprudente e que o magistrado permaneça inerte, sem poder atuar por receio de abuso dos instrumentos processuais postos à sua disposição para a efetiva tutela dos direitos envolvidos³⁸⁶.

Ademais, a legislação processual pátria aponta para a permissão de o magistrado analisar e controlar a adequação da representação das partes. Em seu artigo 138, o Código de Processo Civil estabelece que o juiz, “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”, poderá permitir a participação de “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada” na condição de *amicus curiae*, desde que esse detenha representação adequada³⁸⁷.

Com essa exigência, o Código admite expressamente a apreciação da representação adequada pelo magistrado, possibilitando que a mesma lógica seja aplicada a outros procedimentos do Código que contemplem a participação de algum representante de uma coletividade excluída³⁸⁸.

Como já mencionado, o Direito norte-americano prevê em norma escrita o legitimado para o ajuizamento da *class action*, mas quanto ao controle da representação adequada apenas fixa parâmetros de análise para que o magistrado a afira no caso concreto, sendo sua a responsabilidade de que o processo coletivo seja conduzido de uma forma adequada.

Quanto aos países de *civil law*, como o Brasil, há quem considere que os juízes formados sob a tradição do direito continental europeu não detenham o poder, instrumentos processuais, ou a inclinação e habilidade profissional necessários para realizar o mesmo controle³⁸⁹. Antonio Gidi³⁹⁰, apesar de concordar que os juízes brasileiros não detêm exatamente

³⁸⁶ É justamente neste sentido que se defende a instrumentalidade dos processos coletivos, com a qual se pretende a “proteção mais ampla possível aos direitos meta-individuais, mediante o emprego das técnicas e procedimentos mais idôneos para propiciar a tão almejada efetividade da prestação jurisdicional”. (VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 153-154).

³⁸⁷ O próprio Supremo Tribunal Federal recentemente afirmou, ao tratar da participação do *amicus curiae*, nos termos da Lei 13.105/2015, a necessidade de se avaliar a “contribuição específica” que esse possa prestar, assim como o grau de representação do interveniente, não sendo devido seu ingresso caso haja outros integrantes do processo com “maior representatividade”. (STF, Tribunal Pleno. ADIn 4.858/DF-AgR, rel. Min. Edson Fachin, DJe 03.04.2017).

³⁸⁸ Sérgio Cruz Arenhart compartilha desse entendimento e ressalta que: “(...) a previsão expressa no modelo nacional desse controle demonstra a tendência à abertura do sistema para esse importante mecanismo de filtro.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela de direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 750).

³⁸⁹ Antonio Gidi menciona os autores Richard Cappalli e Claudio Consolo (CAPPALLI, Richard; CONSOLO, Cláudio. **Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry**. Temple Int'l & Comp., 1992), e ainda Andrea Giussani (GIUSSANI, Andrea. **Studi sulle class actions**. 1996), os quais avaliariam que os juízes italianos,

os mesmos poderes que os norte-americanos, ressalta que aqueles não seriam totalmente desprovidos de instrumentos ou de capacidades para analisar, ainda que de forma precária, a adequação do representante.

Assim, defende o autor, pensamento com o qual concordamos, segundo o qual, mesmo sem previsão legal expressa, o magistrado teria o dever de avaliar a adequação da representação dos interesses do grupo em juízo. Não seria o caso somente de uma questão processual, mas sim constitucional, a fim de respeitar o devido processo legal, sem o qual não haveria a possibilidade de formação de coisa julgada em face dos ausentes. Tratar-se-ia do devido processo legal coletivo, de acordo com o qual os direitos de ser citado, ouvido e de apresentar defesa seriam realizados por meio de um representante. Mas não de um representante qualquer, mas sim um representante adequado.

De acordo com Sérgio Cruz Arenhart³⁹¹, diante da vasta discussão jurisprudencial a respeito da legitimidade ativa no âmbito das ações coletivas, o “Judiciário brasileiro já possui maturidade para a avaliação concreta da presença dos elementos que indicam a representação adequada de um sujeito para apresentar em juízo certo interesse”. Isso já seria feito em questões pontuais, como no caso da participação do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade, “sendo certo que o Código de Processo Civil convida a magistratura a exercer com mais vigor essa tarefa”.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover³⁹², constatando a falta de representação adequada das associações e do próprio Ministério Público em algumas situações, no

assim como os demais advindos da tradição continental europeia, não estariam minimamente capacitados para executar de maneira efetiva as funções exercidas pelos magistrados norte-americanos, incluindo-se o controle sobre a representação adequada. (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, out./dez. 2002. p. 65).

³⁹⁰ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, out./dez. 2002. p. 65.

³⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela de direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 755. Em outra obra, comentando a respeito da representação adequada e sua necessidade para vincular os membros do grupo, menciona novamente a obrigatoriedade de seu controle pelo magistrado: “A par disso, entretanto, deve ainda importar ao juiz a verificação da observância das outras garantias processuais constitucionais no momento da coletivização. Substancialmente, essas garantias estarão traduzidas pela noção de ‘representatividade adequada’, no sentido de que deve ser avaliado se aquele que defendeu o interesse do grupo na coletivização fê-lo da forma mais engajada possível.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 406).

³⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 98, v. 361, maio/jun. 2002. p. 5-6.

ajuizamento de ações coletivas, e revendo seu posicionamento anterior, defende que “o ordenamento brasileiro não é infenso ao controle da legitimação *ope judicis*, de modo que se pode afirmar que o modelo comparado (...) pode ser tranquilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva”.

Por fim, registramos que o mesmo entendimento acerca da necessidade de controle da representação adequada pelo magistrado, no caso concreto, como único meio de se assegurar o princípio do devido processo legal, nos processos coletivos, é seguido por José Carlos Barbosa Moreira³⁹³, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.³⁹⁴, Marcelo Malheiros Cerqueira³⁹⁵, Cassio Scarpinella Bueno³⁹⁶, André Vasconcelos Roque³⁹⁷, Jordão Violin³⁹⁸ e Diogo Campos Medina Maia³⁹⁹, dentre outros.

³⁹³ Já em 1983 José Carlos Barbosa Moreira, ao tecer comentários a respeito da tutela de direitos coletivos, ressaltava a necessidade de concessão de maior autonomia ao magistrado na aferição da legitimidade das associações: “É de desejar, por outro lado, que a lei — de preferência em termos flexíveis, reservada ao juiz margem razoável de liberdade no exame de cada caso — estabeleça *critérios de avaliação da idoneidade das associações para que se possam reputar legitimadas*.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul — Ajuris**, v. 10. n. 29, p.77-94, nov. 1983. p. 87).

³⁹⁴ “A necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188).

³⁹⁵ “(...) há de se salientar que uma releitura da garantia constitucional do devido processo legal sob a ótica coletiva assegura às coletividades o amplo direito de ação e o contraditório pleno no processo, durante todas as suas fases. Daí a necessidade de controlar a atuação do substituto processual no caso concreto, e não abstratamente.” (CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 17, n. 66, abr/jun. 2009. p. 6).

³⁹⁶ Interessante observar que o autor já defendia o controle da representação adequada pelo magistrado em artigo datado de 1996: “Não pode, portanto, o legislador pretender criar, com foros de definitividade, padrões de legitimação — seja a que título for — sendo sempre possível ao juiz, em cada caso concreto, constatar o comando abstrato da norma com os vetores do devido processo legal constitucionalmente assegurado antes de determinar o processamento de determinada ação como coletiva. Não condiz com o espírito da Constituição a presunção legislativa de representantes adequados a título de portadores de afirmações de direitos dos membros ausentes da relação processual.” (BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, n. 82, abril/jun. 1996. p. 36).

³⁹⁷ “(...) além das clássicas hipóteses da dispensa do requisito de pré-constituição de um ano das associações (artigo 82, § 1º do CDC) e da legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, que já costumam ser aferidas caso a caso e poderiam ser facilmente caracterizadas como uma forma de controle judicial de adequação do representante, o juiz pode e deve promover este controle mesmo sob o regime atual das ações coletivas.” (ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: JusPodivm, 2015. p. 563).

³⁹⁸ “O controle sobre a representação adequada, assim, pode e deve ser feito pelo Judiciário de *lege lata*, pois consiste em consequência lógica e necessária do sistema processual coletivo brasileiro. Trata-se de um corolário do devido processo legal.” (VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 178).

³⁹⁹ O autor defende o controle judicial sobre a representação adequada no caso de ações coletivas passivas: “No sistema *ope judicis* a legitimidade aferida é real, ao passo que no sistema brasileiro (*ope legis*) a avaliação da representatividade adequada não é real, mas presumida. A defesa da representatividade adequada real para o

E, nesse intuito, mesmo sendo desnecessária a tipificação de critérios para aferição da representação adequada, lembramos que foram realizadas diversas tentativas de sistematização de um Código de Processo Coletivo prevendo expressamente o controle judicial dessa adequação, dos quais destacamos quatro deles: O Anteprojeto de Antonio Gidi⁴⁰⁰; o Anteprojeto do instituto Ibero-Americano de Processo Civil⁴⁰¹; o Anteprojeto da USP⁴⁰²; e o Anteprojeto UERJ/Unesa⁴⁰³. Desses, o Anteprojeto de Gidi se destaca pela previsão de que a representação adequada recaia sobre a parte e também sobre seu advogado, o que entendemos pertinente, como se verá nas próximas linhas deste trabalho, e pela exclusão da coisa julgada quando a representação se mostrar inadequada.

Especificamente quanto ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas defendem este entendimento Luiz Guilherme Marinoni⁴⁰⁴, Marcos de Araújo Cavalcanti⁴⁰⁵,

controle da legitimidade na ação coletiva passiva é, ao que nos parece, a melhor solução a ser efetivada, de *lege ferenda*, mas não de *lege lata*, pois haveria desproporção entre o esforço despendido para sua efetivação integrativa e o benefício gerado pela sua implementação.” (MAIA, Diogo campos Medina. **Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

⁴⁰⁰ Este Anteprojeto prevê, em seu artigo 3.1, os seguintes fatores a serem analisados em relação ao autor e ao seu advogado: a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo; a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; o tempo de instituição e o grau de *representatividade* perante o grupo. (GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 179).

⁴⁰¹ O Anteprojeto estabelece, em seu artigo 2º, § 2º os seguintes critérios: credibilidade; capacidade, prestígio, e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação e a *representatividade* desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. (GRINOVER, Ada Pellegrini, MEDES, Aluisio Gonçalves de Catro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo, RT, 2007. p. 426-432). (Grifo do autor)

⁴⁰² Este Anteprojeto elenca os seguintes critérios: “credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado. (GRINOVER, Ada Pellegrini, MEDES, Aluisio Gonçalves de Catro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo, RT, 2007. p. 448-464).

⁴⁰³ Já este Anteprojeto enumera os seguintes critérios: credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses e direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação e a *representatividade* desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. (GRINOVER, Ada Pellegrini, MEDES, Aluisio Gonçalves de Catro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo, RT, 2007. p. 433-447).

⁴⁰⁴ “No direito brasileiro, a representação adequada também é imprescindível nas ações voltadas à tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos. Na verdade, a representação adequada é indispensável em qualquer sistema que tutele direitos sem a participação direta dos seus titulares (...) O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nos termos em que está posto pelo Código de Processo Civil, constitui uma técnica que nega o direito fundamental de ação, ou seja, o direito a um dia perante a Corte, dando origem a uma espécie de ‘justiça dos cidadãos sem rosto e fala’, para a qual pouco importa saber se há participação ou, ao menos, ‘representação

Sofia Temer⁴⁰⁶, Heitor Vitor Mendonça Sica⁴⁰⁷, dentre outros.

Para Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁴⁰⁸, Antonio do Passo Cabral⁴⁰⁹, Mateus Fogaça e Eduardo Cambi⁴¹⁰ e Alexandre Freitas Câmara⁴¹¹, no entanto, não haveria necessidade de eleição de um representante adequado, uma vez que o procedimento do Incidente teria

adequada””. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 40 e 43).

⁴⁰⁵ “(...) o magistrado brasileiro, *de lege lata*, tem o *dever* de realizar o controle judicial da representação adequada no âmbito do IRDR, em observância à cláusula do devido processo legal. Cabe a ele verificar se os advogados e as partes representativas têm condições técnicas, morais, financeiras, etc. de agir em juízo na defesa das posições jurídicas relacionadas às questões jurídicas discutidas nas demandas repetitivas.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 385).

⁴⁰⁶ A autora menciona a escolha de um “líderes” pelo magistrado para representar os ausentes, sendo aqueles “sujeitos que conduzirão o diálogo, apresentando argumentos para solucionar a questão”. (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 151).

⁴⁰⁷ Opinião do autor já exposta em nota quando comentamos acerca do *amicus curiae* (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Linhas Fundamentais do novo Código de Processo Civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/17570697/2015_-_Linhas_fundamentais_do_novo_CPC_brasileiro>, acessado em 19/01/2019.)

⁴⁰⁸ “A oportunidade de manifestação das partes e interessados, especialmente considerados os titulares de direitos que possam ser afetados pelo feito vinculativo da decisão proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é ponto fundamental para a legitimação do procedimento modelo estabelecido no ordenamento brasileiro(...) Para tanto, os interessados deverão acompanhar o andamento do processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, dentro da lógica dos processos paralelos, pois apenas as partes do próprio incidente, ou seja, quem suscitou o IRDR e as partes dos processos de onde se originou o incidente, serão intimadas para que possam se manifestar (...).” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 201).

⁴⁰⁹ “Além das já apontadas vantagens em termos de isonomia, eficiência e coerência sistêmicas, esses procedimentos trazem ganhos à luz das garantias fundamentais do processo. Primeiramente, por serem considerados ‘ações de grupo’, evitam as técnicas próprias das ‘ações coletivas’ (de tipo representativo), como aquelas no campo da legitimidade (extraordinária), que fazem com que o ‘ente exponencial’ (o substituto processual, legitimado extraordinário) conduza a litigância em nome da comunidade substituída sem consideração à estratégia processual desejada por esta. Ao contrário, especialmente no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a maior parte das questões (aquelas não comuns) permanece sendo apreciada pelos juízes de origem, e em relação a todas essas parcelas da cognição que são particulares a cada caso, as partes dos processos originários mantêm todas as prerrogativas processuais que lhe são garantidas no ordenamento.” (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. . rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.435-1.436).

⁴¹⁰ “As partes das causas repetitivas que intervirem no incidente o farão na condição de assistentes litisconsorciais, pois a questão em debate lhes dirá respeito (...) A oportunidade para atuação dos interessados na decisão judicial originada da aplicação do instituto, inclusive com a possibilidade de efetiva influência no resultado do julgamento, respeita às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 333-362, mai. 2015).

⁴¹¹ “Incumbe ao relator ouvir as partes e demais interessados (aqui incluídos todos aqueles que são partes em processos idênticos), inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (que poderão intervir como *amici curiae*), no prazo comum de quinze dias (...) Tem-se aí, pois, uma ampliação do contraditório — com a possibilidade de participação de interessados e *amici curiae* e com a realização de audiências públicas — que confere legitimidade constitucional à decisão que se irá proferir para servir como padrão decisório dotado de eficácia vinculante.” (CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018).

previsto expressamente a possibilidade de participação direta das partes dos processos sobrestados e uma ampliação do contraditório pela participação de *amicus curiae* e a designação de audiência pública, o que já seria suficiente para suprir o déficit de representação.

Não concordamos com tal posicionamento. Como já mencionamos acima, essa participação das partes dos processos suspensos não é obrigatória, pois eventualmente ocorrerá caso em que esses assim o desejem e apresentem elementos, argumentos novos que possam contribuir para o debate.

Se essa participação já bastasse, na hipótese de inexistência de qualquer pedido de intervenção desses, ou no caso de nenhum deles ter sido admitido, por nada acrescentar às discussões sobre a questão de direito objeto do Incidente, ficariam as partes ausentes vinculadas a uma discussão da qual não participaram, nem pessoalmente, nem por meio de um representante.

Sim, poder-se-ia afirmar que seria suficiente para a sua vinculação a possibilidade de que tivessem participado do Incidente, mesmo não se valendo desse direito. Ocorre que isso não soluciona o problema da impossibilidade prática da participação direta de todas as partes interessadas, retornando-se ao ponto inicial de nossa indagação. Lembramos que, em se tratando de uma questão unicamente de direito, poderá estar em discussão uma questão que afetará centenas, senão milhares de processos, tornando inviável a participação direta de todos.

Por essas razões, entendemos que a existência de uma representante adequado no procedimento é imprescindível para resgatar a sua legitimidade como um instrumento processual imerso num ordenamento jurídico que garanta o devido processo legal a todos. E o controle dessa adequação do representante deve, por todos os motivos expostos neste capítulo, ser realizado pelo magistrado responsável pela condução do incidente, já que inerente às suas atribuições jurisdicionais⁴¹².

No próximo capítulo forneceremos nossas considerações a respeito de quem deva ser esse representante e quais os critérios para sua escolha e avaliação.

⁴¹² Como menciona Ada Pellegrini Grinover em relação às ações coletivas, lição que bem se aplica ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, dada a vinculação de sua decisão: “Quanto mais ampla a legitimação, tanto mais se faz necessário o pré-requisito da representatividade adequada. Quanto mais amplo o princípio da extensão da coisa julgada — como no sistema do *opt out* (v. infra) —, mais necessário o controle. Aliás, nos processos coletivos, existe uma correlação inequívoca entre os esquemas da legitimação e o regime da coisa julgada.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 238).

CAPÍTULO V

UMA NOVA VISÃO A RESPEITO DO REPRESENTANTE ADEQUADO NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Certos de que deve haver um representante adequado dos ausentes e de que a adequação dessa representação poderá ser feita pelo juiz, mesmo sem previsão legal, assim como ocorre com as ações coletivas, em razão da proteção ao princípio do devido processo legal, resta-nos definir quem, a nosso ver, poderá atuar como esse representante no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, quais os critérios para sua escolha e para a verificação de sua adequação.

5.1. ENFIM, O REPRESENTANTE DAS PARTES AUSENTES

Como já comentamos no segundo capítulo deste trabalho, ao realizar um primeiro delineamento de quem seriam as partes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, verificamos que o representante das partes dos processos suspensos deverá ser um líder que detenha condições de levar ao conhecimento do magistrado, e às discussões nele travadas, o maior número e os melhores argumentos para a defesa dos interesses do grupo.

Para tanto, espelhamo-nos nos moldes do *procedimento-modelo* alemão (*Musterverfahren*), conforme previsto no regulamento de mercado de capitais (*KapMug*), o qual serviu de inspiração ao Incidente. Naquele procedimento, assim que ingressado no tribunal de instância superior, ele receberá, primeiramente, a designação de um *líder* para os diversos autores (*Musterkläger*) e um outro para o(s) réu(s) (*Musterbeklagte*), o qual/os quais, ao lado de seus advogados, figurará(ão) como uma espécie de *partes principais*, conduzindo os debates do procedimento.

Mas, assim como ocorre no citado Direito estrangeiro, entendemos que as partes dos processos sobrestados (naquele denominados *Beigeladenen*) poderão participar de forma direta e complementar no procedimento, acrescentando novos argumentos e elementos para a formação da convicção do juízo. Tal participação, porém, não é obrigatória e não supre a necessidade da existência de um representante dos ausentes no procedimento.

Como visto, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá e será muito aplicado às chamadas *pretensões isomórficas*, ou seja, àquelas pretensões de direito material que possuem elementos de fato ou de direito comuns. Nessas, a estrutura subjetiva do litígio é, geralmente, composta por dois polos, com uma pessoa física em um deles e um litigante habitual no outro, muito comum nas relações de consumo, como as bancárias e de telefonia.

Neste caso, envolvendo a questão de direito um ou mais de um grande litigante em um dos polos, não haverá grande dificuldade em se eleger um líder dentre eles, já que seu número será reduzido, de maneira que poderão atuar conjuntamente ou facilmente poderão escolher algum para ocupar esta posição. O problema, neste caso, estará na designação de um representante para as pessoas físicas.

O mesmo impasse pode, contudo, ocorrer em ambos os polos. Cabe lembrar que o Incidente não se aplica apenas às denominadas *pretensões isomórficas*, uma vez que a questão de direito discutida poderá ser comum a inúmeros direitos, relações e situações jurídicas diversas, com estrutura muito heterogênea, como no caso de questões de direito processual⁴¹³. Nestes casos, a delimitação de parâmetros para a escolha dos líderes será ainda mais relevante, já que se aplicará para ambos os interessados na discussão.

Neste sentido, ressaltamos que as considerações que faremos daqui em diante a respeito do representante dos ausentes poderão ser aplicadas na escolha do representante de ambas as partes dos processos suspensos. Em verdade, como os líderes no incidente não representam pessoas necessariamente, havendo mais de duas correntes interpretativas contrárias para a questão de direito, poderão ser designados mais de dois representantes, um para cada vertente.

Assim, em questões envolvendo *pretensões isomórficas*, por exemplo, para as quais haja somente duas correntes interpretativas em disputa, o problema da escolha do representante concentrar-se-á no polo das pessoas físicas. Já quando a questão, nessas mesmas pretensões, envolver duas correntes a favor das pessoas físicas, a elas serão designados dois representantes, um para cada viés de interesse.

⁴¹³ Cabe lembrar que inexistente qualquer limitação quanto à matéria da *questão de direito* que poderá vir a ser discutida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como versa o Enunciado 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.”

Mas, voltando ao tema, subsiste a grande questão: quem poderá ocupar essa posição de liderança? Já vimos que o *amicus curiae* possui outra finalidade no Incidente, não podendo desempenhar esse papel, e que tampouco os legitimados para o ajuizamento das ações coletivas poderiam ser concebidos como os representantes mais adequados dos ausentes. Assim, inexistindo melhores diretrizes no Direito nacional, a solução que nos apresenta, e nos parece mais apropriada, é a utilização do Direito comparado.

Nesta análise, não se pode esquecer que o princípio do devido processo legal impõe que relevemos abstrações legais e que nos preocupemos mais com a realidade dos fatos, buscando meios para que o representante haja adequadamente na defesa dos interesses do grupo, de maneira que esses tenham um efetivo e realista direito de serem ouvidos coletivamente em juízo.

O Direito norte-americano — e também o nosso — é enfático em determinar que ninguém poderá ser atingido pela coisa julgada de uma sentença proferida em uma ação em que seus interesses não tenham sido adequadamente representados. Da mesma forma, entendemos que, aqui, sujeitos que não participaram do Incidente e não foram adequadamente representados não poderão ser vinculados à *tese jurídica* formulada ao final de seu procedimento.

A melhor solução que nos aparece, portanto, com inspiração no ordenamento daquele país, é que o representante das partes dos processos sobrestados seja selecionado exatamente dentre uma dessas, ou seja, que o representante seja uma das pessoas físicas ou jurídicas parte em um dos processos repetitivos e que, assim, ocupe posição semelhante à dos representados em suas lides.

Em nosso entender, a parte de um dos processos sobrestado terá maior envolvimento emocional e/ou econômico e maiores estímulos em buscar uma defesa vigorosa dos interesses dos ausentes. Estando o representante em uma posição análoga à dos representados⁴¹⁴, ao buscar sua própria defesa estará também atuando em favor dos representados.

Lembramos que, na absoluta inexistência de previsão legal própria para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (e entendendo que a solução mais próxima apresentada por nosso ordenamento, qual seja, os legitimados para as ações coletivas, não seja a mais indicável, por todos os inconvenientes já mencionados linhas acima, e tampouco que essa seja de

⁴¹⁴ Como será melhor explicado adiante, a situação análoga entre o representante e os representados consiste no fato de que todos buscam a mesma interpretação a ser concedida à questão de direito discutida.

aplicação obrigatória para o incidente⁴¹⁵, uma vez que regula outro instituto), não vemos empecilhos para a adoção de outras técnicas que se mostrem apropriadas.

No âmbito nacional, as Leis 7.347, de 24 de julho de 1985, e 8.078, de 11 de setembro de 1990, deixaram de conferir legitimidade aos indivíduos, independentemente de serem ou não membros do grupo afetado, em razão da frustrada experiência com as ações populares⁴¹⁶, cuja utilização foi amplamente deturpada na prática para a proteção de interesses puramente privados.

Assim, viram-se muitas ações populares sendo ajuizadas não com o intuito de proteger o interesse público, mas para fins estritamente econômicos e políticos particulares, como ações ambientais apresentadas apenas com a intenção de prejudicar concorrentes e outras com a finalidade de beneficiar certos candidatos às vésperas das eleições⁴¹⁷.

Ademais, existiam dificuldades técnicas, culturais e políticas a serem superadas pelo cidadão. Tecnicamente, havia obstáculos na obtenção de informações e documentos hábeis a comprovar ilegalidade e abusividade de atos administrativos. Cultural e politicamente, havia o constrangimento de se questionar atos do Estado em um momento histórico do país anterior à sua redemocratização⁴¹⁸.

Tais razões justificam a opção realizada pelo legislador coletivo, mas não afetam as conclusões por nós apresentadas quanto ao incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, justamente por este apresentar uma sistemática e logicidade própria. Nesse, as ações já foram ajuizadas e na própria busca de direitos individuais, de maneira que, com a representação, não

⁴¹⁵ Ressalvamos o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a aplicação das leis 7.347/85 e 8.078/90 parece ser cogente: “Quer dizer que os legitimados à tutela dos direitos dos membros do grupo jamais poderiam ter sido afastados do incidente sob pena não só de inconstitucionalidade por falta de participação dos litigantes individuais, mas também de negação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.” (MARINONI, Luiz Guilherme. O “Problema” do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 249, ano 40, p. 399-419, nov. 2015. p. 420-411).

⁴¹⁶ Entre nós, a ação popular possui previsão constitucional desde 1934. Veio a ser suprimida pela Constituição de 1937, e passou a ser efetivamente utilizada sob a Constituição de 1946. Atualmente está prevista no artigo 5º da Constituição Federal (“LXXIII — qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”) e é disciplinada pela lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

⁴¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela de direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 745

⁴¹⁸ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 169.

se procura a proteção de interesses públicos, mas sim privados das partes dos processos sobrestados.

Não há dúvidas de que o instituto em si possui finalidades superiores de proteção à isonomia e à segurança jurídica, além de otimizar a máquina pública ao combater a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, mas estes não são objetivos visados quando defendemos a necessidade da existência de um representante adequado dos ausentes em seu procedimento. Tal situação se dá justamente para a proteção dos interesses particulares⁴¹⁹ dos ausentes, sob pena de violação do princípio do devido processo legal.

Por este mesmo motivo não cabem, aqui, apesar de pertinentes, as críticas realizadas quanto à concessão de legitimidade ao indivíduo para a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos⁴²⁰. Como no Incidente não há possibilidade de transação, ele não abre a possibilidade de que os advogados do representante, sendo os verdadeiros *dominus litis*, realizem acordos com a parte contrária visando seus próprios interesses econômicos e em prejuízo aos membros do grupo⁴²¹.

Descabem as alegações de que o representante não teria a experiência, o conhecimento, as informações, o interesse e o incentivo para controlar a atividade e demitir seu advogado, já que o procurador já estava contratado pela parte para a condução de seu processo individual e não terá a oportunidade de realizar acordos para se beneficiar. Por outro lado, terá o incentivo de buscar com afínco o acolhimento da interpretação da questão de direito discutida a favor de seu cliente, de maneira que esse obtenha futura vitória em seu processo individual e, assim, gere maiores honorários ao seu procurador, além de poderem ser contratados honorários à parte para que o advogado atue no Incidente.

O mesmo raciocínio se aplica à parte, que terá maiores estímulos em cobrar de seu procurador atuação mais vigorosa, tendo em vista a importância da formação da *tese jurídica* a seu favor, superando o problema encontrado nas ações coletivas de falta de repercussão direta e

⁴¹⁹ Por “interesses particulares” não nos referimos à defesa propriamente do direito subjetivo da parte, mas sim o interesse de cada uma dessas partes dos processos suspensos de que a *tese jurídica* formada no incidente lhe seja favorável, possibilitando, posteriormente, sua vitória no seu processo individual.

⁴²⁰ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 224-240.

⁴²¹ Isso ao menos de maneira formal, já que fraudes e outros ilícitos praticados pelos advogados contra seus clientes pode ocorrer aqui como em meio a qualquer processo ou procedimento judicial.

imediate da ação na esfera pessoal e patrimonial da parte⁴²². E, estando o representante em situação semelhante à das outras partes dos processos suspensos, na medida em que desejam a interpretação da questão de direito no mesmo sentido, ao defender seu próprio interesse, acabará por proteger os daqueles também.

Ademais, eventuais excessos cometidos pelo advogado do representante poderão ser apurados pelo Ministério Público e repreendidos pelo magistrado, uma vez que, como veremos a seguir, o controle da representação adequada será aplicável tanto ao representante como a seu procurador e não somente no início, mas durante todo o procedimento.

Salientamos que, caso existam correntes doutrinárias ou linhas de argumentação completamente dispares, de maneira que não possam ser agrupadas e apresentadas pelo mesmo representante sem gerar contradições, não vemos óbice à designação de um representante para cada uma delas, a fim de que todas as partes dos processos sobrestados estejam representadas por um ou por outro.

Mas a indicação aqui feita por nós de que a parte de um dos processos sobrestados é quem deva ser nomeada a representante das demais em situação análoga, obviamente não retira a necessidade de nos utilizarmos de mecanismos para selecionar essa e controlar a sua adequação.

Para isso, propomos a utilização de dois filtros: a) um primeiro, direcionado à escolha dos melhores processos a subsidiar as discussões, valendo-nos da técnica de seleção dos recursos “representativos da controvérsia”, dos recursos especial e extraordinários repetitivos; e b) um segundo, de escolha dos líderes/representante dos autores e réus dos processos suspensos dentre esses processos selecionados, por meio da adoção de alguns critérios das *class actions* norte-americanas. Desse tema nos ocuparemos nas próximas linhas.

⁴²² Esta crítica quanto à legitimidade ativa do indivíduo para ajuizar ações coletivas é tecida por Álvaro Luiz Valery Mirra: “De fato, tem-se freqüentemente como improvável que o cidadão se sinta estimulado a envolver-se sozinho em complexas batalhas judiciais para a defesa de direitos e interesses difusos, os quais, ao serem tutelados, não têm, no mais das vezes, repercussão positiva direta e imediata em sua esfera pessoal e patrimonial, presente, ainda, o risco de condenação do autor nos encargos decorrentes da sucumbência na eventualidade de insucesso da iniciativa judicial.” (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 118-119).

5.2. INICIANDO A SELEÇÃO: PARÂMETROS PARA A ESCOLHA DE POUCOS DENTRE MUITOS

Como menciona Luiz Guilherme Marinoni⁴²³, “no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas julga-se questão de muitos em processos de alguns”. Por esta frase já se percebe a necessidade do cuidado ao se selecionar os casos que fornecerão os subsídios ao julgamento que vinculará tantas pessoas. Este fenômeno, no entanto, não ocorre somente nesse Incidente, mas em todos os recursos que compõem o *microsistema dos processos repetitivos*⁴²⁴ no processo civil brasileiro.

Também denominado *microsistema de litigiosidade repetitiva*⁴²⁵, ou *microsistema de julgamento de casos repetitivos*⁴²⁶, consiste este no conjunto de normas estabelecidas pelo Código de Processo Civil para a solução de demandas seriais, de alta intensidade ou de massa, compreendendo, além do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, também os recursos especial e extraordinário repetitivos⁴²⁷.

Todas estas técnicas possuem a mesma finalidade de gestão e julgamento de casos repetitivos, grande preocupação do legislador de 2015. E, por essa razão, permitem a aplicação recíproca de suas normas como forma de complementação/integração de suas disposições específicas⁴²⁸.

Já mencionamos o risco de se deixar ao *litigante habitual* a escolha do processo a partir do qual se instaurará o incidente, podendo esse estrategicamente optar por uma ação na

⁴²³ MARINONI, Luiz Guilherme. O “Problema” do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 249, ano 40, p. 399 - 419, nov. 2015. p. 409.

⁴²⁴ Expressão utilizada por Antonio do Passo Cabral em: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1434.

⁴²⁵ Designação de Dierle Nunes (NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; e outros (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2320).

⁴²⁶ Nomenclatura de Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 590).

⁴²⁷ É o que se denota das disposições do artigo 928 da Lei 13.105/2015:

“Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

⁴²⁸ Nesse sentido, versa o Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

qual a outra parte tenha apresentado defesa pífia de seus direitos, direcionando, assim, a cognição do incidente a favor de seus interesses⁴²⁹.

Além desse motivo, a instauração do incidente a partir de um processo inadequado poderá levar a uma decisão que não seja a melhor solução da controvérsia, gerando questionamentos futuros e pedidos de revisão da *tese jurídica* formada, pouco tempo após sua prolação, justamente pela insuficiente abordagem do tema.

Estas razões já levariam à conclusão de que o órgão julgador do Incidente não poderia ficar limitado ao primeiro processo no qual fora suscitado⁴³⁰. A simples percepção da importância da decisão nele proferida, que atingirá dezenas, centenas ou até milhares de outras relações jurídicas pendentes em processos presentes e futuros, já conduziria à adoção de mecanismos de escolha das causas.

Ora, mesmo tratando-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de um processo objetivo, no qual não se julgará a relação jurídica subjetiva das partes, os argumentos jurídicos presentes nas ações a partir das quais se instalará o Incidente é que formarão o substrato-base para as discussões jurídicas a serem nele travadas.

Mas observamos também outra finalidade para a escolha minuciosa dos processos a serem utilizados para o julgamento do incidente: a possibilidade de escolha, dentre as partes desses, do representante dos ausentes. Afinal, as manifestações constantes nos autos de origem já demonstrarão, em um primeiro momento, quais serão os melhores candidatos para ocupar o posto de condução dos debates jurídicos.

Assim, na falta de normatização específica para tanto no Incidente, acreditamos ser possível nos valermos das regras legais dispostas para o julgamento dos Recursos Especial e Extraordinários repetitivos.

Lembramos que, ainda sob a égide da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, a legislação brasileira, apesar de mencionar a necessidade de escolha de um recurso “representativo da

⁴²⁹ Como menciona Antonio Gidi, ao tratar da escolha dos réus nas *defendant class actions*: “(...) essa é uma estranha situação, em que um adversário tem o direito de escolher o general do exército inimigo”. (GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 398).

⁴³⁰ Neste sentido, Antonio do Passo Cabral: “A admissão do incidente não leva à automática afetação do processo onde ocorreu a provocação pela sua instauração. Isso se justifica, de um lado, por razões de eficiência: pode ser que aquele processo onde primeiro se levantou a presença dos pressupostos do IRDR não contenha uma discussão de qualidade (os argumentos sejam incompletos, por exemplo, ou tenha havido ausência de impugnação específica de alguns deles por parte do réu).” (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. . rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.455).

matéria”, nos artigos 543-B (repercussão geral no recurso extraordinário) e 543-C (recursos especiais repetitivos), não apresentava parâmetros mais para sua escolha.

Diante dessa lacuna legislativa, o Superior Tribunal de Justiça, regulamentando o artigo 543 mencionado, editou a Resolução 8/2008⁴³¹, que, em seu artigo 1º, parágrafo primeiro, determinava que deveriam ser selecionados pelo menos um processo de cada relator e, dentre esses, os que contivessem “maior quantidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”, já denotando preocupação daquele tribunal quanto à seleção de recursos que se mostrassem mais abrangentes.

Na atual redação do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, há determinação de que o presidente e o vice-presidente dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, notando a existência de uma multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, selecionarão dois ou mais recursos “representativos da controvérsia”, que serão encaminhados aos respectivos tribunais superiores para fins de afetação.

A expressão é mais bem detalhada no parágrafo sexto do referido artigo que estabelece a seleção de recursos que “contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”. A partir dela, podemos articular alguns critérios comuns aos recursos repetitivos e ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para a escolha dos processos que embasarão suas decisões⁴³².

Antes, cabe apenas salientar a importância de serem selecionados dois ou mais processos (e não apenas um), não somente por força da determinação do artigo 1.036 supra

⁴³¹ “Art. 1º Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

§ 1º Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial.” Com a vigência da Lei 13.105/2015, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Emenda Regimental nº 24/2016, revogou a Resolução nº 08/2008.

⁴³² Antonio do Passo Cabral trabalha com a questão fornecendo os requisitos: *quantitativo* (quantidade de processos selecionados), e *qualitativo* (amplitude do contraditório; pluralidade de sujeitos; *representatividade* dos sujeitos). O autor compreende o incidente como um procedimento subjetivo, de maneira que as partes dos processos afetados seriam as próprias partes do incidente. Por isso entende que, para haver maior *representatividade* dos sujeitos do processo originário, deveriam ser preferidas para afetação as ações coletivas às individuais. (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.456-1457). Além de adotarmos o entendimento de que o incidente possui natureza objetiva, discordamos do autor quanto ao último ponto, pois não vemos como a simples escolha das ações coletivas para afetação possa garantir a adequação da representação dos ausentes, já que traria os mesmos defeitos quanto a isso, já comentados neste trabalho. Para a solução desse problema, que sugerimos a utilização de nosso segundo filtro, a ser comentado por nós a seguir.

mencionado, mas para se obter uma visão mais ampla da questão de direito a ser abordada, permitindo maior quantidade, qualidade e diversidade de argumentos, como ver-se-á a seguir.

Bem, o primeiro dos requisitos que podemos citar deriva da solução já apontada pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2008 (e reiterada na alteração feita pela Emenda Regimental nº 24/2016): a *quantidade de argumentos*⁴³³ veiculados pelos litigantes. Em demandas repetitivas, é comum que haja a sustentação de argumentos em certa medida padronizados. Mas, embora tratem de uma mesma questão, podem apresentar alegações variadas, de maneira que é também corriqueiro que em algumas delas sejam encontrados apenas alguns dos argumentos possíveis, enquanto em outras a controvérsia é apreciada de forma mais completa.

Caso não haja algum controle a respeito da causa a ser selecionada, pode-se correr o risco de que a decisão do incidente seja formada a partir de uma dessas ações menos completas, deixando-se de debater argumentos relevantes que poderiam conduzir a um resultado diferente. Neste caso, além de fornecer margem para questionamentos futuros, com pedidos de sua revisão, causará prejuízo à representação de partes em cujos processos pendentes haja argumentos não apreciados pela decisão do incidente, pois não terão a possibilidade de discussão desta questão em seus processos individuais depois que a *tese jurídica* restar firmada.

O segundo critério a ser verificado é a *qualidade da argumentação*⁴³⁴. Objetivando munir o tribunal com todas as alegações traçadas em primeira instância, devem ser selecionados os processos que tragam da maneira mais clara⁴³⁵, lógica e concisa todos os argumentos possíveis em relação à questão de direito objeto do incidente, permitindo a plena e imediata compreensão de seu conteúdo. Cabe lembrar que nem sempre processos que se utilizem da mais

⁴³³ Este já era um requisito lembrado por Dierle Nunes sob a égide da Lei 5.869/73, para quem “evitará o atual julgamento de macro lides em fatias, que promove a instabilidade decisória e a superficialidade dos julgados”. (NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; e outros (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.324). No mesmo sentido: Antonio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, p. 201-223, mai. 2014. p. 210-211); e Vitor Toffoli (TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. **Revista de Processo**, ano 36, v. 197, p. 271 294, jul. 2011. p. 279-280).

⁴³⁴ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, vol. 58. n. 387, jan. 2010; CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v.231, p. 201-223, mai. 2014. p. 210-211.

⁴³⁵ TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral no recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 54, set. 2007. p. 61.

eskorreita gramática (aqui tomada como norma culta) ou que façam referências a doutrinas e jurisprudência poderão ser reputados como de melhor qualidade argumentativa. O que será relevante é o conteúdo das alegações formuladas pelas partes em suas peças⁴³⁶, bem como a completude e profundidade da fundamentação das decisões judiciais da demanda, tudo a permitir a maior compreensão por parte do tribunal e o melhor debate a ser formado sobre a questão objeto do incidente.

O terceiro critério é também retirado do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: a *diversidade dos argumentos*. Este requisito preocupa-se com a pluralidade do debate a ser realizado no incidente, de maneira a abarcar não somente os diversos pontos de vista acerca da questão de direito, mas também provocar reflexão mais ampla sobre os efeitos de sua decisão. Como a questão de direito discutida poderá surgir em diferentes contextos fáticos e pretensões das mais variadas matérias, é interessante que se selecionem processos que contenham em seu bojo a maior diversidade possível de argumentos. Cabe lembrar que um mesmo argumento pode ser empregado pelas partes de variadas maneiras, com ênfases e formas de articulação diversas.

Outro critério para a seleção é a existência de *efetivo contraditório nos processos de origem*. Por ele entende-se o processo em que tenha havido ampla discussão pelas partes acerca da questão de direito objeto do incidente. Assim, não poderiam ser selecionados processos em que tenha havido revelia; em que a contestação tenha se limitado à questão fática ou com fraca contra-argumentação acerca da questão de direito; ou nos quais, apesar de as partes terem amplamente debatido a questão, ela não tenha sido suficientemente apreciada pelo magistrado em suas decisões (caso o momento processual em que se encontre o processo tenha permitido).

Dentro desta linha, podemos pensar em um critério complementar: a *pluralidade de sujeitos* nos processos originários. Entendendo que processos nos quais tenha havido discussões mais amplas a respeito da questão de direito possam fornecer maior quantidade, qualidade e diversidade de argumentos, a existência de mais sujeitos processuais tende a favorecer esse quadro. Assim, entendemos que, ao menos em princípio, devam ser preferidos processos em que tenha havido litisconsórcio em ambos ou alguns dos polos, intervenção de terceiros,

⁴³⁶ Como menciona Erik Navarro Wolkart sobre recurso extraordinário, aplicável a nosso entender também ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: “(...) se o órgão ‘a quo’ deve destacar apelos ‘representativos da controvérsia’, então parece-nos que o realce paira sobre o potencial argumentativo de cada recurso. Destarte, o órgão eleitor deve privilegiar as peças mais robustas — assim entendidas as que melhor arrolaram argumentos pró e contra repercussão geral, analisando para tanto as razões e as contrarrazões recursais.” (WOLKART, Erik Navarro. **Mecanismos de objetivação do processo**. 2011. 242 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) — Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. São Paulo, 2011, p. 28).

participação de *amicus curiae* e realização de audiência pública, pois a presença e a interação de diversos sujeitos no processo tende a gerar um debate mais rico, e, assim, a fornecer mais elementos para a discussão no incidente⁴³⁷.

Poder-se-ia cogitar que tantos sujeitos processuais causariam tumulto processual no Incidente, já que, em uma primeira leitura do artigo 984 do Código de Processo Civil, intui-se que seriam elas mesmas as partes do incidente. Mas, como já mencionamos, não só entendemos que esse “processo originário” a que se refere o dispositivo não deva ser aquele de onde partiu o pedido de instauração do Incidente, mas sim os processos representativos da controvérsia afetados (selecionados pelos critérios aqui propostos), como também compreendemos que as partes do Incidente serão os líderes/representantes de autores e réus dos processos repetitivos (escolhidos dentre os processos afetados após a aplicação do segundo filtro por nós sugerido).

De qualquer forma, é certo que a pluralidade de sujeitos em um processo não necessariamente corresponde à maior amplitude argumentativa; essa é apenas uma tendência e que, portanto, pode vir a se concretizar ou não. Em verdade, assim como os demais parâmetros aqui sugeridos, esta não é uma determinação rígida e absoluta, mas apenas uma diretriz para que o relator possa realizar a seleção dos processos mais completos a subsidiar a discussão no incidente e que deve ser averiguada na realidade de cada processo.

Assim, entendemos que o relator designado para o Incidente deverá, aplicando os critérios acima descritos, selecionar dois ou mais processos que representem todos os demais sobrestados, com a maior e melhor variedade possível de argumentos jurídicos a respeito da questão de direito discutida. Para tanto, seria aconselhável que fossem escolhidos processos que objetivassem a vitória de teses opostas e, caso já contivessem decisões interlocutórias ou sentença, que essas fornecessem soluções díspares para a mesma questão de direito, tudo a fim

⁴³⁷ Para Antonio do Passo Cabral, como o autor entende que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um processo subjetivo, ou seja, que segue a lógica da *causa-piloto*, no qual haverá o julgamento conjunto da questão de direito e do caso concreto, seria aconselhável a escolha de ações coletivas para a afetação, já que poderiam “atribuir ao contraditório uma maior legitimação política e social”. A preferência e escolha de um processo coletivo “asseguraria a representatividade dos sujeitos do processo originário” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p. 201-223, mai. 2014. p. 219; CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.457). Como adotamos o entendimento de que o incidente se trata de um procedimento objetivo, entendemos que a afetação de um processo coletivo seria aconselhável somente se nele houvesse relevante e rica discussão acerca da questão de direito, em nada afetando a representação adequada dos ausentes, já que ela será aferida e aperfeiçoada pela aplicação do segundo filtro de seleção que sugerimos.

de que a análise da questão se dê da forma mais ampla possível pelo tribunal, abordando ambos os pontos de vista⁴³⁸.

E, mesmo sendo o Incidente suscitado em um único processo, por ter sido requerido pela parte ou pela remessa de somente um processo pela instância inferior para afetação, entendemos prudente que o relator complemente a seleção, buscando outros que sejam “representativos da controvérsia”. Poderão esses estar pendentes de recurso no tribunal ou ainda em tramitação na primeira instância⁴³⁹, já que não há restrição alguma nesse sentido pelo Código, o qual, pelo contrário, ainda fornece legitimidade para os juízes de primeiro grau suscitarem a instauração do incidente ao perceberem a repetição de processos que contenham controvérsia acerca da mesma questão de direito, o que ocorrerá, claro, a partir dos processos sob a sua jurisdição⁴⁴⁰. Por esta mesma razão, também entendemos que o relator poderá, em analogia ao artigo 1.037, inciso III, do Código de Processo Civil, solicitar aos magistrados de primeiro grau que lhe enviem processos que contenham a questão de direito repetida e que lhes pareçam mais aptos a serem representativos da controvérsia”.

Quanto ao momento em que deva se dar esta seleção pelo relator, devido à especificidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, entendemos que o mais recomendável seria que ela ocorresse antes de sua admissão pelo tribunal. Explica-se.

O Código de Processo Civil prevê que o pedido de instauração do incidente deverá ser dirigido ao presidente do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal⁴⁴¹, o qual distribuirá

⁴³⁸ TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 197, p. 271-294, jul. 2011. p. 279-281.

⁴³⁹ O Regimento Interno do Tribunal Regional da 4ª Região entende nesse sentido: “Art. 345-F. A admissão do incidente e o seu julgamento serão comunicados, imediatamente, ao Presidente deste Tribunal e ao juízo de primeiro grau, se o incidente for originário de processo que lá tramite.” (Grifo nosso.)

⁴⁴⁰ Neste mesmo sentido: “Acredita-se que não existe razão para não admitir que o juiz de 1º grau suscite o incidente. Salvo melhor juízo, o juiz de 1º grau, por sua função, tem mais facilidade em constatar a multiplicação de causas com a mesma questão jurídica, pois, é a ele que as demandas de variados autores, muitas vezes representados por diferentes advogados, é dirigida.” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, e outros (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 288).

⁴⁴¹ “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.”

o pedido e procederá ao seu registro nos sistemas eletrônicos da corte. Sua função, portanto, é meramente administrativa⁴⁴².

Distribuído o pedido e sorteado um relator⁴⁴³, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade. Neste ponto, observamos que, havendo mais de um pedido acerca da mesma questão de direito ou sobre questões conexas, entendemos que deverão todos ser distribuídos ao mesmo relator⁴⁴⁴, o qual, contudo, não ficará restrito a eles, podendo selecionar outros processos como representativos da controvérsia, nos termos do artigo 1.036, parágrafo quarto⁴⁴⁵ do Código de Processo Civil.

Entendemos também que o relator poderá rejeitar pedido, liminarmente, em decisão monocrática, no caso de o pedido ser formulado por parte ilegítima⁴⁴⁶ ou acerca de questão que já esteja afetada por um dos tribunais superiores pela sistemática dos recursos repetitivos⁴⁴⁷,

⁴⁴² CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.445. Registramos a posição divergente do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná, o qual prevê em seu artigo 261, parágrafos terceiro e quarto, que será da competência do presidente do tribunal a admissão do incidente e a “escolha do caso que melhor represente a controvérsia”, devendo o órgão competente posteriormente rever esta decisão de admissão do incidente (artigo 262, parágrafo primeiro).

⁴⁴³ Não haverá esse sorteio caso a iniciativa de instaurar o incidente parta do próprio relator que seja também julgador do órgão responsável por apreciá-lo, quando será distribuído por prevenção. Há regras nesse sentido nos seguintes regimentos internos: RITJBA (17.03.2016) – art. 219, § 4.º, no RITJSP (31.03.2016) – art. 190, § 2.º, no RITJMA (16.03.2016) – art. 468, §1º, no RITJPA (11.05.2016) – art. 189, § 1º) e no RITJMT (18.03.2016) – art. 181-F.

⁴⁴⁴ É o que dispõe o Enunciado 89 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, embora denote certa vinculação do relator aos processos em que suscitado o incidente: “(art. 976) Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas”. Este entendimento foi incorporado ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Pará (redação de 11.05.2016): “Art. 189, § 2.º. Se houver, simultaneamente, mais de um requerimento de instauração de incidente, todos serão apensados e processados conjuntamente, aplicando-se as regras de prevenção”.

⁴⁴⁵ “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.(...) § 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.”

⁴⁴⁶ Nesse sentido, dispõe o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: art. 368-C, II: “Distribuído o incidente, o relator poderá: I – requisitar à unidade administrativa competente informações sobre se o objeto do incidente já foi afetado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo sobre a mesma questão jurídica; II – indeferir liminarmente o incidente quando formulado por parte ilegítima”; e o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Mato Grosso: “Art. 181-G. Distribuído o incidente, o relator poderá: I – indeferi-lo liminarmente, quando formulado por parte ilegítima e por ausência dos pressupostos.”

⁴⁴⁷ Neste sentido versa o artigo 345-B, parágrafo segundo do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “§ 2º O relator poderá rejeitar o incidente monocraticamente quando a questão de direito a ser apreciada no incidente já tiver sido afetada em recurso repetitivo ou em repercussão geral por um dos tribunais superiores.”

conforme o artigo 976, parágrafo 4º⁴⁴⁸ do Código de Processo Civil. Caso oposto será a decisão quanto ao cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do incidente ou quanto ao fato de a matéria de que trata a questão ser ou não de direito, circunstâncias as quais compreendemos ser de competência do órgão colegiado por disposição expressa do artigo 981⁴⁴⁹ do mesmo Código.

Verificando o relator que o quadro que se apresenta não se enquadra nas duas hipóteses de indeferimento liminar comentadas, deverá levar o caso ao colegiado do órgão competente, a fim de que este decida acerca da admissibilidade do incidente.

O Código de Processo Civil não traz mais detalhes acerca desta sessão de julgamento, deixando ao regimento interno dos tribunais sua regulamentação. Entendemos, pois, que seria pertinente que, nessa sessão, o colegiado, após admitir o incidente, também fixasse seus limites objetivos, ou seja, definisse os exatos contornos da questão de direito a ser discutida em seu âmbito⁴⁵⁰. Tal caminho deve ser seguido seja em razão da importância dessa decisão, a qual delimitará o alcance das discussões no âmbito do incidente e da própria *tese jurídica* ao final fixada, seja por se tratar de um ponto intimamente ligado à própria decisão de admissão, pois, sem saber exatamente qual a questão de direito em debate, não há como se decidir se ela fora realmente repetida nos diversos processos.

Perceba-se que, após essa sessão, ficará a cargo do relator tomar uma série de providências para a instrução do incidente, estabelecida no artigo 982 do Código de Processo Civil, como a determinação de suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no estado ou na região (inciso I); a requisição de informações a órgãos em cujo juízo tramite processo no qual se discuta o objeto do incidente, caso entenda necessário (inciso II); e a intimação do Ministério Público para se manifestar (inciso III). Todas essas diligências exigem

⁴⁴⁸ “Art. 976. É cabível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando houver, simultaneamente:(...)”

§ 4º É incabível o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.”

⁴⁴⁹ “Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.” (Grifo do autor)

⁴⁵⁰ Essa é a determinação adotada pelo Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Art. 345-C. *Admitido o incidente, o órgão colegiado delimitará a tese jurídica a ser apreciada, afetando o processo ou recurso, que deu origem ao pedido de instauração do IRDR.*” Registramos o entendimento de Fredie Didier Jr e Sofia Temer, para os quais essa atribuição seria do relator, após a sessão de admissão. (DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. **A decisão de organização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de Processo**, v. 258, p. 257-278, ago. 2016. p. 260).

que a questão objeto do incidente já esteja bem definida, inclusive com os contornos das circunstâncias fáticas que a ensejaram e para as quais serão aplicadas.

E, para que o colegiado possa bem delimitar a questão de direito e as circunstâncias fáticas, o ideal é que os desembargadores já tenham em mãos, na sessão preliminar de admissibilidade, os processos mais representativos da controvérsia, a fim de que a definição da questão seja a mais completa e precisa possível. Por todas essas razões, entendemos que o momento para o relator selecionar os processos por meio dos critérios aqui definidos seja logo após a distribuição do caso a ele e antes da sessão de admissibilidade⁴⁵¹.

Além da seleção dos processos representativos da controvérsia, entendemos seja também nessa ocasião que o relator deva proceder à escolha dos representantes adequados das partes dos processos repetitivos, levando ambas as questões à votação pelo órgão colegiado⁴⁵². Isso porque, neste caso, o relator poderá aferir melhor o pressuposto de efetiva repetição de processos, fornecendo informações mais precisas ao colegiado, o qual também poderá corrigir eventuais escolhas equivocadas (seja dos processos, seja dos representantes), evitando problemas de instrução e riscos de ofensa ao devido processo legal⁴⁵³.

⁴⁵¹ Afinal, como menciona Aluisio Gonçalves de Castro Mendes: “Embora o art. 982 atribua ao relator uma série de efeitos e medidas decorrentes da admissibilidade do incidente, nada impede que algumas questões sejam postas e deliberadas pelo próprio colegiado.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 177).

⁴⁵² Neste ponto, cremos que os receios expressados por Antonio Gidi, em resposta à crítica de Gregório Assagra de Almeida (GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 103-104), de que a análise prévia da representação adequada pelo magistrado poderia gerar um incidente processual desnecessário e favorecer uma cultura já existente de negativa de admissibilidade das ações coletivas não caibam ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Isso seja pela importância aqui mencionada de sua análise prévia (embora não só), dentro de sua sistemática, seja porque aqui não haverá a referida tendência à sua extinção precoce, uma vez que a continuidade do incidente e, assim, a pacificação do entendimento acerca da questão, barrando a litigiosidade repetitiva, será do interesse do tribunal.

⁴⁵³ Este parecia ser o entendimento de Antonio do Passo Cabral no ano de 2014: “Neste ensaio buscaremos focar a escolha da causa-piloto como sendo um elemento a ser considerado também na admissibilidade do incidente. Neste viés, a seleção do processo originário pode e deve ser *avaliada pelo Tribunal julgador* do incidente, mesmo quando é um dos membros do próprio colegiado quem escolhe, de maneira a admitir o incidente instaurado a partir de uma equivocada escolha da causa-piloto, ou pelo menos corrigir esta seleção, evitando problemas de tramitação e déficit nas garantias processuais.” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, p. 201-223, mai. 2014. p. 206) (Grifo do autor). Mais recentemente, contudo, o autor aparenta ter alterado seu posicionamento: “Devendo existir uma decisão de afetação entre a admissão do IRDR e o início da instrução, não é obrigatório que o próprio processo de onde partiu o ofício ou petição de instauração do incidente venha a ser afetado.” (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1,455). Neste mesmo sentido entendem Fredie Didier Jr e Sofia Temer (DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de Processo**, v. 258, p. 257-278, ago. 2016. p. 260).

Salientamos, ainda, que eventual dificuldade do relator em localizar processos representativos da controvérsia⁴⁵⁴ e, assim, de proceder à escolha de um representante adequado dos ausentes, pode denotar que, em verdade, ainda não haja uma efetiva repetição de processos acerca da questão, estando a questão ainda prematura. O ponto afeta um dos pressupostos de admissibilidade do incidente e que deve, necessariamente, ser analisado pelo colegiado. Mais uma vez a ordem lógica das coisas aponta para que o relator realize a seleção dos processos e a escolha dos representantes antes da sessão de admissão do incidente.

Por isso, em seu voto na sessão de julgamento, deve o relator apresentar fundamentação específica quanto à decisão de afetação, indicando as razões que o levaram a escolher aqueles determinados processos⁴⁵⁵ e aqueles representantes, permitindo que os demais desembargadores compreendam sua opção e formem seu próprio convencimento.

A seguir abordaremos os próximos passos da seleção: a escolha do representante das partes dos processos repetitivos dentre as partes dos processos já eleitos pelo relator como *representativos da controvérsia*.

5.3.CRITÉRIOS PARA A SELEÇÃO E AVALIAÇÃO DO REPRESENTANTE

No Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o interesse das partes que dele efetivamente participam pode parecer sutil em razão de suas discussões girarem em torno de uma questão de direito. No entanto, o direcionamento que se dará a ela poderá ser crucial para o deslinde das causas subjetivas dos envolvidos.

Por esse motivo, os parâmetros para a escolha dos representantes devem levar em conta o estímulo das partes escolhidas em buscar uma defesa vigorosa de sua posição, e assim o controle assíduo de todos os atos relacionados ao seu processo, inclusive os exercidos durante o incidente por seus procuradores.

É de amplo conhecimento nas ações coletivas norte-americanas de que é o advogado do representante quem efetivamente exerce o papel de *dominus litis*, tomando todas as decisões

⁴⁵⁴ Lembramos que para a seleção poderá o relator, além de consultar os recursos pendentes no tribunal, requisitar aos juízes de primeiro grau a indicação de processos que possam ser *representativos da controvérsia*, nos termos do artigo 1.037, inciso III da lei 13.105/2015, ou informações a respeito de processos que contenham a questão de direito discutida, conforme os artigos 982, II e 1.038 da Lei 13.105/2015.

⁴⁵⁵ Neste mesmo sentido: TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giulin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**, v. 191, p. 161-185, jan. 2011. p. 164.

importantes na ação, seja na investigação dos casos passíveis de serem ajuizados, escolha do representante da classe, dos contornos do grupo, quando, como e se deve propor a ação, assim como todas as estratégias durante o litígio — quais argumentos apresentar, quais provas a serem produzidas e acordos a serem firmados.

No Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas também não há como negar a importância da atuação dos advogados das partes escolhidas como representantes, uma vez que serão eles quem efetivamente conduzirão os debates. Como as discussões serão eminentemente jurídicas, o domínio e a correta aplicação dos termos técnicos pertinentes será essencial para evitar decisões ambíguas ou formadas a partir de premissas falhas ou incorretas⁴⁵⁶.

Assim, será fundamental a análise de aspectos de seu perfil, tais como amplo conhecimento na área do Direito abordada, boa articulação de ideias e disposição para se dedicar ao procedimento.

Como já mencionado, na falta de diretrizes mais amplas do Direito nacional quanto ao controle da adequação da representação pelo magistrado, nesta etapa nos inspiramos nas *class actions* do Direito norte-americano a fim de definir alguns parâmetros que poderão colaborar com o relator do Incidente no desempenho dessa tarefa.

Já vimos durante o terceiro capítulo deste trabalho que as *class actions* estão atualmente reguladas pela *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*⁴⁵⁷, a qual prevê os seguintes requisitos para seu ajuizamento: que o número de membros do grupo seja tão grande que inviabilize a convocação de todos para o processo (*numerosity*); que existam questões comuns de fato ou de direito entre as várias causas dos membros da classe (*commonality*); que as pretensões ou as defesas dos representantes da classe sejam típicas das pretensões ou das

⁴⁵⁶ Como afirma Antonio do Passo Cabral: “o patrocínio de advogado reduz as incompreensões que um sistema jurídico complexo, traço das sociedades atuais, apresenta aos litigantes. (...) E, como toda ciência, a linguagem jurídica, com a utilização dos termos técnicos próprios, remete a signos comuns que facilitam o discurso e a comunicação. Posse, propriedade, usucapião, preclusão, prescrição, petição inicial, sentença, todas são palavras que possuem um significado minimamente introjetado na comunicação processual.” (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 150-151).

⁴⁵⁷ *Rule 23. CLASS ACTION*

“(a) *Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:*

(1) *the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;*

(2) *there are questions of law or fact common to the class;*

(3) *the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and*

(4) *the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*”

defesas dos membros dessa (*typicality*); demonstração de que o representante protegerá justa e vigorosamente os interesses da classe (*adequacy*).

Como não poderia deixar de ser, esses elementos estão diretamente relacionados com um dos objetos das ações coletivas: a proteção de direitos subjetivos dos membros do grupo. Assim, alguns aspectos quanto à aferição da representação adequada das *class actions* norte-americanas não serão compatíveis com a sistemática do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, devido à objetivação desse procedimento e a sua restrição quanto a questões de direito. A lógica de funcionamento daquelas ações coletivas, contudo, poderá ser aproveitada, assim como alguns de seus requisitos poderão ser adaptados.

Realmente, no Incidente não há necessidade de se perquirir a *vontade* do grupo, entendida essa como os anseios subjetivos do grupo quanto às providências buscadas com a ação, ou a *proximidade* do representante com o grupo, já que no Incidente somente são discutidas questões de direito e nem mesmo se pode afirmar a existência de um *grupo*, assim como definido nos moldes das ações coletivas.

As partes do Incidente podem até, em algumas circunstâncias, aproximar-se da idéia de *grupo* para as *class actions*, mas sem com ele se confundir. Isso ocorrerá quando as situações das partes se tornarem semelhantes por terem sido tratadas pela parte contrária de uma forma padrão, permitindo seu tratamento homogêneo em juízo, como em relações de consumo em que se discuta a legalidade de certas tarifas cobradas por empresas de telefonia ou bancos, por exemplo.

Mas não necessariamente será assim; a conduta pode ter sido cometida por diversos réus, ou mesmo não haver proximidade fática alguma entre as partes, como em questões de direito processual. O que as unirá, em qualquer hipótese, mesmo na acima relatada, não será uma situação fática, mas o interesse comum de que a questão de direito seja interpretada em um certo sentido, mesmo que possuam pretensões jurídicas completamente díspares.

Pelas mesmas razões, o requisito da *ausência de conflito* do representante com o *grupo* representado não poderia ser visto sob a ótica original das ações coletivas, mas pela simples exigência de que ele possua interesse de que a *tese jurídica* ao final fixada se dê no mesmo sentido que o desejado pelos ausentes.

Assim, o incidente já parte da ideia de que não existe um *grupo* de litigantes, no sentido técnico do termo. O que se poderá aproveitar das *class actions* será a lógica sobre a qual

essas operam, e sobre a qual o requisito da adequação está fundado: atrelar a causa individual do representante com as do grupo a que pertence a fim de assegurar uma conduta vigorosa desse na defesa dos interesses de todos os membros. Isso pode ser realizado no Incidente, desde que o interesse do indivíduo de que a questão de direito seja interpretada de uma certa maneira seja o mesmo dos demais⁴⁵⁸.

Caso isso não ocorra para todas as partes dos processos suspensos, em razão de existir mais de duas vertentes ou linhas interpretativas para a questão, o que será percebível pelo relator ao selecionar os processos representativos da controvérsia, poderão ser nomeados representantes para cada uma delas, de maneira que todas as partes dos processos sobrestado tenham seu direito ao contraditório assegurado.

Pois bem; na *class action*, além de o representante possuir os mesmos interesses do grupo, deve igualmente poder e querer defendê-los vigorosamente em juízo⁴⁵⁹. Dessa conclusão podemos extrair dois parâmetros pertinentes à aferição da adequação do representante no incidente.

O primeiro se refere à *capacidade financeira da parte*. Com este critério não se pretende sugerir uma predileção por partes economicamente mais favorecidas, mas apenas ressaltar a necessidade de que a parte a ser escolhida como representante deve ter condições de arcar com eventuais despesas adicionais que sua participação no incidente poderá ensejar, como

⁴⁵⁸ Neste ponto, discordamos de Sofia Temer, a qual, apesar de admitir que os “sujeitos condutores” atuarão na defesa de algum interesse, “assumindo um dos ‘lados’ da controvérsia”, entende que esses seriam apenas indiretos e irrelevantes para aferir a sua atuação, de maneira que a representação adequada dos ausentes não poderia ser considerada: “o que importa, para fins de aferir os requisitos de atuação, então, é a apresentação do máximo (e dos melhores) argumentos para o debate, e não propriamente a defesa dos interesses (subjetivos) de um grupo ausente”. (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 162-165). A autora parece, então, adotar uma visão abstrata do incidente. Sem dúvida, nele não são discutidos os direitos subjetivos das partes, mas também, a nosso ver, não se pode desconsiderar a importância da decisão nele formada para a resolução de seus processos individuais, e, assim, seu direito de participação, ainda que indireta. Por isso defendemos que no incidente não há uma *abstrativização* em relação às causas subjetivas das partes, mas apenas uma *objetivação*. Neste sentido: “É como se este não fosse um procedimento em que o Estado exerce poder que interfere sobre a esfera jurídica dos litigantes, mas simplesmente uma espécie de técnica — indiferente aos jurisdicionados — destinada a otimizar o julgamento das demandas que se repetem (...) As coisas se passam — *tomando-se em conta a letra da lei* — como se, espantosamente, o incidente tratasse de direitos que não necessitam de tutela e, assim, não reclamam a participação dos seus titulares *nem dos seus representante adequados*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76) e ainda: “São esses, portanto, os três valores que devem iluminar a compreensão do instituto: economia processual, coerência e contraditório. Interpretá-lo como um simples instrumento para rápida solução de litígios de massa é reduzi-lo a apenas uma de suas funções.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.081).

⁴⁵⁹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 139.

com o deslocamento de seu advogado até a sede do tribunal e com honorários extras que este possa exigir pela nova atribuição. Não se pode esquecer que, na realidade brasileira, a parte pode residir em cidade extremamente distante da sede do tribunal, especialmente na Justiça Federal, em que algumas subseções judiciárias estão localizadas em outro estado da federação e há centenas ou milhares de quilômetros de distância⁴⁶⁰, o que pode onerá-la significativamente.

O segundo requisito seria de que o candidato a representante deveria *se mostrar disposto a exercer tal função*. Nas hipóteses em que a parte candidata tenha suscitado o incidente, não há dúvidas de sua disposição, entendemos até mesmo que neste caso ela não poderia discordar de sua nomeação, sob pena de perda de interesse de seu requerimento. Mas caso a solicitação tenha partido de outra pessoa ou ente, haverá a necessidade de que a parte aceite o encargo, pois de outra maneira não se poderia acreditar que o exerceria com o vigor que se espera⁴⁶¹.

Da lógica que utilizamos para atribuir a figura do representante dos ausentes à uma das partes dos processos repetitivos, decorre naturalmente um terceiro critério possível: o *grau de seu interesse na causa*.

Conforme compreendemos que, estando em uma posição semelhante à dos ausentes (quanto ao sentido de interpretação da questão de direito), o representante, ao buscar seu próprio interesse, também atenderá ao daqueles, será fundamental verificar a relevância que ele atribui à sua causa individual. Quanto maior for o interesse da parte na vitória de sua demanda particular, maior será seu comprometimento com a defesa da corrente interpretativa que lhe favoreça.

Assim, poderão ser considerados: o valor da causa (altos valores poderão motivar a parte)⁴⁶²; a natureza da causa envolvida (valores emocionais, ideológicos, religiosos, por exemplo, poderão incentivar a parte); a importância da ação para a reputação ou para a

⁴⁶⁰ Por exemplo, a subseção judiciária de Boa Vista-RR se localiza há aproximadamente 2.500 Km do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Brasília.

⁴⁶¹ Cabe lembrar que os parâmetros aqui sugeridos para a escolha do representante não se aplicam aos litigantes habituais das *pretensões isomórficas*, com relação aos quais não se terá maiores dificuldades em se eleger um líder, como já comentado.

⁴⁶² Este requisito é apresentado no Direito norte-americano pela *Private Securities Litigation Reform Act* (PL 104-67, December 22, 1995, 109 Stat 737), que atribui ao juiz a escolha do representante entre aqueles membros com maior interesse financeiro na controvérsia:

“iii) *REBUTTABLE PRESUMPTION*.—

‘(I) *IN GENERAL*.—Subject to subclause (II), for purposes of clause (i), the court shall adopt a presumption that the most adequate plaintiff in any private action arising under this title is the person or group of persons that —

‘(aa) has either filed the complaint or made a motion in response to a notice under subparagraph (A)(i);

‘(bb) in the determination of the court, has the largest financial interest in the relief sought by the class; and

‘(cc) otherwise satisfies the requirements of Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure.” (Grifo nosso.)

continuidade das atividades da empresa autora; ou qualquer outro elemento que denote maior ligação da parte com sua demanda, fazendo-a se destacar das demais.

Por fim, com relação ao representante, podemos mencionar um último parâmetro de escolha, e que também pode ser aplicado a seu procurador: a conduta da parte em seu processo individual. Este seria, na verdade, um critério negativo, indicando que não se poderia eleger como representante uma parte que tenha se portado de maneira desidiosa, perdendo prazos e deixando de praticar atos processuais, ou com má-fé processual. Atitudes como esta já apontariam para a sua falta de capacidade de bem conduzir os debates e, assim, de proteger os interesses dos ausentes.

Como já mencionado, o advogado da parte escolhida como representante terá um papel extremamente importante no Incidente, já que ele e os demais procuradores quem efetivamente trarão aos autos as discussões jurídicas pertinentes. Por esta razão, o relator deve se certificar de que também ele esteja suficientemente motivado para a função, devendo avaliá-lo conjuntamente à parte candidata a representante.

Para tanto, inspiramo-nos na Regra 23 (g) (1) das *Federal Rules of Civil Procedure*⁴⁶³, do Direito norte-americano, a qual contém uma série de diretrizes para o juiz nomear um dos advogados da parte autora para a posição de liderança da ação coletiva (*lead* ou *liaison counsel*), com o fim de criar parâmetros que possam guiar o relator do incidente nessa escolha.

Ressaltamos, contudo, que tais critérios, assim como os acima sugeridos para o representante, consistem em apenas balizas para pautar a opção do relator, não devendo ser concebidos como rígidos ou estanques, uma vez que essa tarefa envolve uma ponderação

⁴⁶³ Rule 23. CLASS ACTION

“(g) CLASS COUNSEL.

(1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

(A) must consider:

(i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;

(ii) counsel’s experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;

(iii) counsel’s knowledge of the applicable law; and

(iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel’s ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney’s fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney’s fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment.”

subjetiva dos elementos à disposição do magistrado. Nossa finalidade é apenas de fornecer subsídios à reflexão para a execução desta tarefa.

Também lembramos que a seleção dos processos representativos da controvérsia, realizado na etapa anterior, já fornecerá ao relator autos com partes e procuradores mais bem preparados, uma vez que a escolha se dará com base nas alegações tecidas por esses em seus processos individuais. Contudo, trata-se aqui de auxiliar o relator na missão de eleger uma dessas partes e seu procurador para assumir a posição de liderança, ou seja, de escolher o melhor dentre os melhores.

Passemos às nossas sugestões. O primeiro requisito que podemos mencionar é a *experiência profissional do advogado*. Sob este aspecto, entendemos que poderiam ser considerados: o tempo de exercício da profissão; a experiência do profissional com processos complexos, envolvendo diversas partes, como ações civis públicas, ações populares, ações de improbidade administrativa e ações de controle de constitucionalidade; e, o mais importante, a especialidade profissional do candidato na matéria jurídica em discussão.

Não há dúvida de que profissionais com maior tempo de experiência, habituados a trabalhar com ações complexas e a fazer sustentações orais em tribunais, estariam, a princípio, mais aptos a conduzir os debates no incidente. Da mesma forma, a especialidade de seu trabalho na matéria que está sendo discutida se mostra de extrema relevância. Lembramos que algumas questões de direito poderão envolver áreas muito específicas do Direito (como questões aduaneiras, tributárias, do sistema financeiro, etc.), exigindo conhecimentos técnicos precisos não só para a boa compreensão do alcance de seus termos, mas também para o correto uso da linguagem, evitando ambiguidades e imprecisões na *tese jurídica* a ser formada.

Atrelado a essas considerações está o critério do *conhecimento do direito aplicável* à questão. Assim como a experiência profissional na área do Direito objeto de apreciação, o conhecimento acadêmico do procurador poderá muito contribuir para a qualidade das discussões, na medida em que lhe dará fundamentos teóricos mais profundos para embasar suas sustentações. Assim, poderão ser considerados títulos de especialista, mestre, doutor, pós-doutor, etc.; palestras proferidas; a atividade docente; bem como livros e artigos publicados no ramo específico do Direito a ser tratado.

Um terceiro parâmetro a ser mencionado refere-se à *disponibilidade de tempo* do profissional. Assim como o representante, o advogado deve estar também disposto a assumir a

função de liderança e desfrutar de tempo para a sua proba execução. Por vezes, procuradores extremamente bem qualificados possuem tantas atribuições profissionais e acadêmicas que a participação no incidente pode não lhe parecer interessante ou esteja completamente inviabilizada por sua sobrecarga de trabalho.

Também acreditamos que, em algumas circunstâncias, os *recursos financeiros* do procurador devam ser avaliados; isto porque, a depender da forma de contratação do profissional, seu cliente pode não ter se comprometido a adiantar quaisquer gastos com o processo ou honorários advocatícios, conhecidos como *contratos de risco*, em que o advogado assume essa incumbência sob a condição de receber maiores honorários ao final, em caso de êxito na demanda. Assim, nem sempre uma parte com parcas condições financeiras poderá ser desconsiderada como representante, bastando que seu procurador tenha plenas condições de arcar com os gastos adicionais com a participação no incidente, ocasião em que o critério aqui sugerido deverá ser considerado.

Pensando no estímulo do advogado em atuar entusiasticamente no incidente, o *valor da causa* também poderá ser relevante. Não obstante a parte possa remunerar seu procurador para a atividade extra de atuação no incidente, a grande recompensa financeira por seus trabalhos certamente serão os honorários contratuais e de sucumbência que receberá na causa individual.

Assim, a não ser que haja eventualmente outra motivação para o advogado, o valor da causa, e, em consequência o valor da condenação (caso se trate de ação condenatória), sobre a qual incidirão seus honorários, certamente será a maior razão de empenho do profissional. Afinal, será de seu interesse que a tese jurídica a ser formada no Incidente lhe seja favorável a fim de possibilitar vitória no processo particular.

Por fim, entendemos que sejam cabíveis aqui as disposições da Regra 23 (g) (1) (B) e (C), do ordenamento norte-americano acima referido, determinando que o magistrado poderá considerar, ainda, qualquer outra questão pertinente à habilidade de o advogado de representar justa e adequadamente os interesses dos ausentes. Assim como poderá o relator intimar os procuradores das partes, candidatos a representante, para que forneçam informações sobre qualquer assunto pertinente à nomeação, como as necessárias para averiguar os critérios de escolha por nós sugeridos.

Cabe observar também que a aferição da adequação do representante deve ser realizada pelo relator não somente no momento inicial, quando da distribuição do pedido de instauração a ele, mas também durante todo o procedimento. Não obstante a análise prévia seja importante, será especialmente durante o seu transcorrer, a partir da atuação efetiva do representante e de seu advogado, que as impressões iniciais do relator confirmar-se-ão ou eventuais equívocos de sua escolha poderão se revelar.

Para isso, as partes dos processos sobrestados poderão colaborar. A intimação acerca da suspensão de seus processos abrirá não só a possibilidade de que venham a solicitar sua participação direta no incidente, contribuindo com novos argumentos e informações, mas também para que possam contestar a nomeação do representante, apontando elementos que comprovem a sua não adequação.

Verificando a falta de adequação do representante, o relator deve, a qualquer momento, proceder a sua substituição, aplicando novamente os critérios aqui sugeridos para escolher outra parte a ocupar esta posição de liderança. Para isso, poderá o relator buscar novos processos representativos da controvérsia, caso não encontre um representante que se mostre adequado dentre as partes dos processos já selecionados.

Para finalizar esta abordagem, mencionamos ainda duas outras hipóteses que podem se relacionar com a nomeação do representante e seu advogado: o abandono e a desistência da causa individual.

Trataremos mais detidamente desta questão a seguir, quando especificaremos o papel que, a nosso ver, o Ministério Público assumirá no incidente, mas já cabe aqui mencionar que, nestes casos, entendemos que deva o relator proceder igualmente à substituição da parte e de seu procurador por outra escolhida a partir dos processos representativos da controvérsia.

Para esclarecer melhor esta questão e a fim de evitar confusões entre as atribuições dos representantes e seus advogados com as do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, passaremos, a seguir, a tratar da atuação desse ente.

5.4. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A primeira atribuição referida pelo Código de Processo Civil⁴⁶⁴ ao Ministério Público, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é, ao lado do juiz, relator, partes e Defensoria Pública, a legitimidade para solicitar a sua instauração. Desta simples previsão de iniciativa, disposta de maneira isolada das “partes”, já se conclui que o ente poderá suscitá-lo mesmo com relação a processos dos quais não seja concebido como “parte”.

Há, pois, discussão na doutrina a respeito dos limites dessa legitimidade. Luiz Henrique Volpe Camargo⁴⁶⁵ entende que, tal como ocorre nas ações coletivas, a legitimidade do Ministério Público, nesse caso, estaria condicionada à existência de *relevante interesse social*, conforme os artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal.

Marcos de Araújo Cavalcanti⁴⁶⁶ chega à mesma conclusão ao tecer o raciocínio de que, como o “incidente processual tem por objeto resolver coletivamente *situações jurídicas homogêneas*, decorrentes, quase sempre, da pulverização dos direitos individuais homogêneos”, a legitimidade do Ministério Público, neste procedimento, deveria estar restrita a questões que envolvessem *relevante interesse social*, assim como se dá nas ações coletivas em defesa desses mesmos direitos.

Como não poderia deixar de ser, o autor excepciona os casos em que a questão discutida no incidente seja de Direito processual, ocasião em que não haveria a necessidade de demonstração da relevância social, já que a questão não decorreria da pulverização dos direitos individuais homogêneos.

Para nós, a referida exceção já mostra a equivocidade do raciocínio de associar a legitimação do Ministério Público para suscitar o incidente com seu dever de proteção dos direitos individuais homogêneos, que, por sua vez, decorre da própria confusão do conceito desses direitos e da presunção de que o procedimento estaria atrelado a *situações jurídicas homogêneas*.

⁴⁶⁴ “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.” (Grifo nosso.)

⁴⁶⁵ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, e outros (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 290.

⁴⁶⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** (IRDR). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 249-251.

Como visto, o Incidente consiste na resolução de *questão de direito*, material ou processual, abarcando tanto situações jurídica *homogêneas* quanto *heterogêneas*. Já os direitos individuais homogêneos são direitos individuais que, contendo uma *questão comum* de fato ou de direito, não possam ser formulados em uma única demanda em litisconsórcio, havendo utilidade no seu tratamento coletivo.

Assim, os direitos individuais homogêneos, como já visto no primeiro capítulo deste trabalho, não são uma categoria de direitos substancialmente coletivos, são apenas direitos individuais que possuem uma questão em comum e que por esta razão recebem um tratamento coletivo, ou seja, são veiculados por meio de ação coletiva. A nomenclatura *direitos individuais homogêneos*, portanto, só será usada quando esses direitos individuais forem assegurados por meio de ação coletiva.

Assim, sendo esta *questão comum* entre os direitos individuais de *direito*, há permissão tanto para a utilização das ações coletivas como do incidente de resolução de demandas coletivas. Por esta razão, o Ministério Público só estará atuando na defesa dos direitos individuais homogêneos quando tutelar aqueles direitos individuais, que possuem uma questão em comum, por meio da ação coletiva.

Ademais, a restrição da legitimidade do Ministério Público a questões de *relevante interesse social* não faz sentido, uma vez que a própria Lei 13.105/2015, em seu artigo 976, parágrafo segundo, determina que a intervenção desse ente será obrigatória no Incidente, o que já denota a importância de sua atuação como *custus legis* simplesmente pela finalidade do procedimento de assegurar a isonomia entre os jurisdicionados, a segurança jurídica e a otimização da atividade jurisdicional ao favorecer a unidade do entendimento jurisprudencial acerca de uma questão de direito repetida em múltiplos processos.

A legitimidade do Ministério Público para solicitar a instauração do Incidente está, portanto, fundada no seu dever de “defesa da ordem jurídica”⁴⁶⁷, conforme estabelece a

⁴⁶⁷ Neste mesmo sentido entendem: Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 220); Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, para quem a legitimidade do ente também poderia estar fundada na “proteção dos interesses coletivos”, quando a questão de direito estiver relacionada a direitos individuais homogêneos, sem, contudo, tecer restrições neste caso (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 132-133); e Sofia Temer (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 190-191).

Constituição Federal, e seu artigo 127, *caput*⁴⁶⁸, e o Código de Processo Civil, nos artigos 176⁴⁶⁹ e 178, *caput*⁴⁷⁰.

Em nosso entender, também não há razão para a restrição feita por Luiz Henrique Camargo⁴⁷¹ de que o pedido de instauração do Incidente pelo Ministério Público só possa ser feito pelo membro desse mesmo ministério que tiver atribuição de oficiar em segundo grau de jurisdição. Isso porque, como já mencionado, entendemos que o Incidente poderá ser suscitado a partir de demandas em tramitação ainda no primeiro grau de jurisdição, não sendo lógico vetar que o promotor de justiça ou o procurador da república, deparando-se com processos nos quais haja a repetição de uma mesma questão de direito, não possa ele mesmo provocar o respectivo tribunal a se pronunciar.

O Código de Processo Civil ainda menciona a participação do Ministério Público nas fases de instrução e julgamento e recursal do Incidente. Em tais situações, igualmente compreendemos que a função do ente será de “defesa da ordem jurídica”⁴⁷², uma vez que atuará com vistas ao interesse público de que o entendimento jurisprudencial acerca da questão de direito repetitiva seja pacificado. Esta conclusão é reforçada pela determinação legal de que a participação do ente será obrigatória no Incidente, prevendo o Código uma série de atos e poderes amplos ao órgão, tais como juntada de documentos, requerimento de diligências (artigo

⁴⁶⁸ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

⁴⁶⁹ “Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.”

⁴⁷⁰ “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam (...)”. (Grifo nosso)

⁴⁷¹ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, e outros (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 290.

⁴⁷² Ressalvamos os entendimentos contrários, no sentido de que a atuação do Ministério Público se daria na defesa de direitos coletivos, como de José Henrique Mouta Araújo, para quem a intervenção ministerial fora prevista pela Lei 13.105/2015: “tendo em vista a natureza coletivizada do direito discutido e a consequência da tese jurídica firmada.” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução de causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: MACEDO, Lucas Buril et al (Orgs.). **Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Coleção novo CPC — Doutrina Seleccionada. v. 6. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 328). No mesmo sentido: “Quer isso dizer que a legitimidade do Ministério Público para suscitar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deve, na mesma linha da legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, ser aferido concretamente, somente sendo reconhecida, se transparecer, no caso, relevante interesse social.” (CUNHA, Leonardo José da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 255-280, março de 2011, p. 260).

983) e manifestações após a admissão (artigo 982, inciso III), após a manifestação de outros sujeitos (artigo 983) e em sustentação oral (artigo 984, inciso II, alínea a).

Neste ponto, registramos o entendimento de Elton Venturi⁴⁷³ de que a atuação do Ministério Público enquanto *custus legis* não seria imparcial, equidistante das partes, mas parcial, na medida em que atuaria na defesa do “mais elevado interesse difuso”: o interesse público. Nesta condição, o órgão seria genuinamente um representante desse interesse, devendo, portanto, ser tido como parte no processo, e não como um interveniente *sui generis*, um fiscal suprapartes.

Assim, o que podemos concluir é que, seja na condição de parte, na defesa do interesse público, seja como interveniente, na condição de *custus legis*, a função desempenhada pelo Ministério Público no incidente, a nosso ver, possui a finalidade de assegurar valores públicos e não os direitos individuais das partes dos processos suspensos.

Como visto, não aceitamos a posição de que o Ministério Público possa ser o representante adequado das partes ausentes pura e simplesmente em razão de suas funções institucionais. A única hipótese que vislumbramos é a de que uma ação coletiva seja selecionada como representativa da controvérsia e o órgão, enquanto autor daquela, seja eleito pelo relator como o melhor sujeito processual para a representação dos ausentes, em um caso específico⁴⁷⁴, mas não que ele tenha esta incumbência em toda e qualquer ocasião e de forma automática, ao menos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

⁴⁷³ VENTURI, Elton. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re)tomando a sério a intervenção custos legis do Ministério Público no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 113-145, ago. 2015.

⁴⁷⁴ Marcos de Araújo Cavalcanti parece concordar com nossa posição: “se, por acaso, o Ministério Público já tiver ajuizado uma demanda coletiva que vier a fazer parte de um conjunto de processos repetitivos, com a pendência desse processo no tribunal, será possível a suscitação do IRDR. Nesse caso, o Ministério Público fará o requerimento na condição de parte, tendo em vista que já integra a relação jurídica processual pendente no tribunal.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 245). Todavia, não vemos necessidade de que a ação coletiva esteja pendente no tribunal por meio de recurso para que possa ensejar o incidente, conforme já exposto neste trabalho.

Como mencionado ao longo do quarto capítulo, Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷⁵ entende que os legitimados previstos nas Leis 7.347/85 e 8.078/90 deveriam representar os ausentes. Assim, em seu entendimento, o Ministério Público Federal assumirá a função de *custus legis* somente quando não esteja atuando como o representante dos excluídos, não havendo sua cindibilidade. Já para Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁴⁷⁶, quando o Ministério Público solicitar a instauração do incidente, nele atuará como “requerente”, ocasião em que deveria ser nomeado outro membro daquele ente para atuar na condição de *custus legis*.

Quanto ao primeiro posicionamento, já nos pronunciamos no quarto capítulo deste trabalho, de maneira que não vemos necessidade de maiores digressões sobre o tema. Quanto ao segundo, cabe salientar que não visualizamos como entrelaçadas as funções de solicitar a instauração do incidente e de participação ao longo de seu procedimento. Ao suscitar o incidente, o Ministério Público poderá ou não já se pronunciar sobre a interpretação que entenda correta acerca da questão de direito repetitiva, e, mesmo que o faça, seria na finalidade de “defesa da ordem jurídica”. A única hipótese com que poderíamos concordar com o autor seria a de que o relator tenha escolhido o órgão como representante adequado dos ausentes enquanto parte de uma ação coletiva selecionada como processo representativo da controvérsia. Nesse caso, a solução do autor, embora nos pareça um tanto anômala, deverá ser adotada, tendo em vista a necessidade de um outro membro para a defesa dos interesses públicos.

Por fim, cabe apreciar a hipótese de abandono ou desistência do processo a que fazem menção os parágrafos primeiro e segundo artigo 976 do Código de Processo Civil. O primeiro determina que “a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”, e o segundo que “se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono”. Os dispositivos não deixam claro, portanto, a qual dos litigantes fazem referência, e

⁴⁷⁵ “No caso em que o Ministério Público não assumiu a representação dos excluídos e, assim, não está exercendo a defesa dos seus direitos, cabe-lhe intervir no processo como fiscal da lei.” Para o autor, quando o Ministério Público suscitar o incidente, naturalmente assumirá a condição de representante dos ausentes, como “representante da sociedade”, não podendo ser considerado “mero interessado na otimização do julgamento das demandas repetitivas”; caso contrário (quando não tenha requerido o incidente), ele ou qualquer outro dos legitimados pelas leis 7.347/85 e 8.078/90 poderia assumir a condição de representante, chegando a se pronunciar pela preferência das associações, desde que adequadas, devido à sua representatividade perante a sociedade. Mas, caso nenhum desses legitimados se habilite, compreende que o Ministério Público teria que intervir obrigatoriamente como representante. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76-77 e 82).

⁴⁷⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 205.

se o abandono ou a desistência relacionar-se-ia ao processo individual ou ao procedimento do incidente propriamente dito.

Quanto ao primeiro ponto, Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷⁷ interpreta que, se o abandono for realizado por um dos litigantes representados por legitimado à tutela dos direitos dos excluídos, não haveria problema algum ao contraditório, tampouco no caso de um desses entes desistir ou abandonar o processo, ocasião em que o Ministério Público assumiria a titularidade da defesa dos direitos, nos termos do parágrafo segundo do artigo 976. Assim, o parágrafo primeiro só poderia aludir ao litigante habitual ou comum a todas as demandas repetitivas, o qual não poderia “desistir ou abandonar o processo de modo a inviabilizar o julgamento”.

Quanto ao segundo problema, Marcos de Araújo Cavalcanti⁴⁷⁸ e Rodolfo de Camargo Mancuso⁴⁷⁹ afirmam que o parágrafo primeiro do artigo 976 trataria da hipótese de abandono ou desistência da ação ou recurso individual que ensejara o incidente⁴⁸⁰, enquanto o parágrafo segundo versaria acerca do abandono ou desistência do procedimento, ocasião em que o Ministério Público assumiria na condição de *custus legis*, na proteção do “interesse público e social na definição da tese jurídica idônea a se reproduzir em numerosas ações”⁴⁸¹.

Há, contudo, outro ponto mais controverso acerca do artigo, em nosso entender. O legislador, no intuito de não permitir que a desistência ou o abandono da causa individual provocasse a extinção do incidente, deixou sua “titularidade” (expressão questionável já que não se está a tratar de ações coletivas) ao Ministério Público.

Pela redação do parágrafo segundo, nota-se que o legislador utilizou-se da mesma lógica do artigo 984 de que as partes do processo originário seriam, automaticamente, as partes do incidente. Já comentamos os transtornos que este mecanismo acarreta e que denota uma falta de preocupação com a qualidade das peças do processo originário, assim como com a representação das partes ausentes.

⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 82.

⁴⁷⁸ CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 2015. p. 404.

⁴⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 210-212.

⁴⁸⁰ Neste mesmo sentido: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 229; CUNHA, Leonardo José da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 255-280, mar.2011. p. 261.

⁴⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 212.

Por essa razão, entendemos que o abandono ou a desistência mencionados não seriam do processo originário, a partir do qual se requereu o incidente, mas sim dos processos representativos da controvérsia, pois estes é que embasarão as discussões no incidente e cuja desistência ou abandono poderia afetar seu transcurso. Ora, já mencionamos que o processo de onde partiu a iniciativa de solicitar o incidente poderá ou não ser selecionado pelo relator e, caso não o seja, sua desistência ou abandono não provocará maiores repercussões quanto à fixação da *tese jurídica* ao final do procedimento.

E, pelo mesmo motivo de omissão legislativa quanto à representação adequada das partes dos processos ausentes, compreendemos que não houve, também neste caso de abandono ou desistência, tal preocupação, entendendo-se que a simples assunção da condução dos trabalhos pelo Ministério Público já seria suficiente para que o incidente prosseguisse no seu fim de pacificação jurisprudencial acerca da questão de direito debatida. Tal conclusão, a nosso ver, é eivada de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio do devido processo legal.

Assim, havendo desistência ou abandono, seja da ação individual selecionada para embasar as discussões como representativa da controvérsia pelo relator, seja da função de representante dos ausentes pela parte por ele eleita, entendemos que o relator deverá proceder a uma nova escolha do representante dentre as demais ações ou recursos já selecionados. E, caso não a encontre, proceder a uma nova triagem de processos representativos até localizar alguma parte que esteja em condições de se incumbir da tarefa. Prosseguir de modo contrário seria condenar o processo a um destino de fatal invalidade.

CONCLUSÃO

O fenômeno da massificação das relações sociais acompanhado do consequente crescimento do número de processo judiciais foi sentido no mundo todo nas últimas décadas, inclusive em nosso país. O resultado desses acontecimentos foi a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, a morosidade processual e a proliferação de decisões conflitantes acerca de um mesmo tema.

Durante as décadas de 1980 e 1990, inovações legislativas surgiram, a fim de adequar o sistema judiciário às novas demandas, como por meio da regulamentação da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985) e das técnicas implementadas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), introduzindo novas formas de ação coletiva. Devido a uma série de dificuldades processuais e culturais em relação a essas ações, contudo, os idealizadores do Código de Processo Civil de 2015 optaram por outras técnicas para resolver o problema da litigiosidade de massa, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O incidente visa pacificar o entendimento jurisprudencial acerca de uma questão de direito repetida em múltiplos processos, a fim de assegurar a isonomia, segurança jurídica e celeridade processual. A forma como foi previsto, no entanto, gerou diversas críticas, dentre as quais a previsão legal impondo a adoção do resultado a todos os casos repetitivos sem possibilidade de participação ou representação das partes dos processos atingidos por seu resultado, ferindo diretamente o princípio do devido processo legal.

A forma de participação das partes dos processos sobrestados no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, assim como o controle de sua representação, foi o objeto principal deste trabalho.

Para iniciar a abordagem do tema, devido a semelhanças entre as ações coletivas e o incidente de demandas repetitivas, houve necessidade de se comparar e distinguir os conceitos de direitos individuais homogêneos e *demandas repetitivas*.

Concluimos que direitos individuais homogêneos são direitos individuais que, contendo uma *questão comum de fato* ou *de direito*, não possam ser formulados em uma única demanda em litisconsórcio, havendo utilidade no seu tratamento coletivo. Assim, não consistem

em uma categoria de direitos substancialmente coletivos, mas apenas em direitos individuais que possuem uma questão em comum e que por esta razão recebem um tratamento coletivo, ou seja, são veiculados por meio de ação coletiva.

Quanto à expressão *demandas repetitivas*, embora o texto legal a utilize para denominar o incidente, em verdade, percebe-se que seu objetivo é a solução de *questões unicamente de direito* que se repetem em diversas ações, sejam elas *idênticas* ou não. Ou seja, *idênticas* são as questões de direito, e não as demandas em si.

Da mesma forma ocorre com o termo *repetitivas*. Sua interpretação literal poderia sugerir que as ações que poderiam ser atingidas pelo instituto necessariamente deveriam conter *pretensões homogêneas*, ou seja, com causa de pedir e pedido similares. Todavia, não há fundamento algum para tal restrição, já que para o cabimento do incidente bastaria a repetição de uma mesma *questão de direito*, material ou processual, controversa nos diversos casos.

Assim, ao incorporarmos um conceito mais abrangente de direitos individuais homogêneos, admitindo que possam existir para solução conjunta de uma mesma questão, inclusive de direito, surgida a partir de vários casos dessemelhantes, apenas em razão da utilidade da prolação de uma única decisão, acabamos por também admitir que seu objeto, nestes casos, coincida com o do incidente.

A diferença entre esses instrumentos processuais estará nas suas respectivas sistemáticas processuais e consequências jurídicas, como sua forma de processamento, as matérias que podem estar envolvidas, e o alcance dos efeitos da coisa julgada. Lembramos que, nas ações coletivas, a coisa julgada terá efeito *erga omnes*, ou seja, atingirá os indivíduos que “não tiverem intervindo no processo como litisconsortes”, apenas para beneficiá-los, nunca para prejudicá-los. Já no caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a tese jurídica formada vinculará a todos os processos, independentemente de seu resultado.

Quanto à matéria a ser tratada, o Incidente pode versar sobre questões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados, o que é vedado para as ações coletivas por determinação do artigo primeiro, parágrafo único, da Lei 7.347/85.

Portanto, ambos os mecanismos convivem em nosso sistema processual e a opção entre a utilização de um ou outro dependerá da ponderação dos casos concretos em jogo, avaliando-se as vantagens e desvantagens de cada um.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi inspirado no procedimento-modelo alemão denominado *Musterverfahren*, sobretudo o previsto na lei sobre conflitos jurídicos oriundo do mercado de capitais, *KapMuG*, criado com a finalidade de estabelecer uma decisão coletiva sobre questões comuns a várias demandas individuais, fixando posicionamento sobre suportes fáticos e jurídicos de pretensões repetitivas, ou seja, de demandas isomórficas.

Contudo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas trouxe características próprias, fruto de uma mescla daquele com institutos já existentes no ordenamento nacional, como o *Incidente de Uniformização de Jurisprudência* e o *Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade*, e outros aspectos genuínos para ele criados.

Mas, diante da miscelânea de fontes e da redação não muito clara de seus dispositivos legais, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem gerado dúvidas a respeito da natureza de seu procedimento, mais precisamente se seria um processo objetivo ou subjetivo. Ou seja, se no julgamento do incidente estará compreendido ou não o mérito da própria causa que deu ensejo a ele. A questão se mostrou relevante para este trabalho por influenciar a compreensão das partes do incidente e a forma de participação dessas e das partes dos processos sobrestados.

Os argumentos a favor da natureza subjetiva do incidente (*causa-piloto*) centram-se no artigo 978, parágrafo único do Código de Processo Civil, entendendo a locução “julgará igualmente o recurso” nele disposta significaria que o Tribunal, ao julgar o Incidente, decidirá também o mérito do processo originário; no artigo 986, compreendendo que, se o tribunal poderá realizar a revisão da tese *de ofício*, fá-lo-ia em meio ao mérito de uma causa pendente de recurso; no artigo 987, o qual determina que do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, os quais, de acordo com a Constituição Federal (artigos 102, inciso III e 105, inciso III) só poderiam ser apreciados em meio a uma *causa*.

A tese da natureza objetiva (*procedimento-modelo*), por sua vez, tem por fundamento: a alegação de inconstitucionalidade material e formal do parágrafo único do artigo 978; o entendimento que esse dispositivo estabelece, em verdade, uma regra de prevenção, determinando que, posteriormente ao Incidente, o mesmo órgão colegiado deveria julgar o

recurso da causa originária; o fato de o próprio nome *incidente* concedido ao instituto já permitir concluir que não se trataria de julgamento da demanda (ou pretensão) propriamente dita; a expressão *tese jurídica* repetiria por diversas vezes pela lei ao tratar do incidente, reforçando a idéia de que nele somente seriam julgadas as questões de direito controvertidas; a autonomia do procedimento incidental em caso de desistência ou abandono da causa originária; a possibilidade de instauração do incidente por iniciativa do Ministério Público ou da Defensoria Pública, mesmo que não tenham figurado como autores no processo originário e não sendo partes do conflito judicializado.

Uma terceira corrente, no entanto, compreende que a redação final dada aos dispositivos do Código de Processo Civil que tratam do Incidente teriam procedido a uma verdadeira mescla entre o *procedimento-modelo* alemão e ao mecanismo das *causas-piloto*, fornecendo ao incidente uma natureza que se poderia denominar *híbrida* ou *mista*. Assim, ao mesmo tempo em que a redação do artigo 978, parágrafo único, pareceria apontar para uma unidade de julgamento da causa originária com a questão de direito controversa e repetitiva em outros momentos, em outros inclinar-se-ia para a objetivação de seu processamento, como na hipótese versada no artigo 976, parágrafo primeiro, o qual determina que a desistência ou o abandono do processo não obstará o exame do mérito do incidente.

Em sede jurisprudencial, o tema da natureza jurídica do incidente encontra-se atrelado a uma outra discussão, igualmente debatida em doutrina, acerca da necessidade ou não de existência de um recurso no tribunal para sua instauração. A dúvida foi causada por alterações do texto legal realizadas durante o trâmite perante as duas casas do Congresso Nacional.

Para alguns, a despeito da retirada de previsão quanto à necessidade de causa pendente no tribunal, o novo dispositivo acima mencionado deixaria clara essa exigência. Por trás desse requisito, encontra-se a lógica de que ambos deveriam ser julgados conjuntamente, no sistema de *causa-piloto*, possuindo seu procedimento verdadeira natureza subjetiva.

Para outros, contudo, as alterações legislativas mencionadas, aliadas à legitimidade do(a) magistrado(a) de primeiro grau de provocar o incidente, teriam indicado a intenção do legislador de que poderia o incidente ser instaurado a partir de processos ainda em primeiro grau de jurisdição.

A tendência dos que adotam esse entendimento é a de conceber o incidente como objetivo, já que, iniciando-se a partir de demandas de primeiro grau, o tribunal não poderia julgar a causa subjetiva conjuntamente, sendo a norma do parágrafo único do artigo 978, se constitucional, mera regra de prevenção para futuro recurso da demanda.

Embora se possa encontrar dentre os tribunais de segundo grau do Brasil a adoção dos mais variados entendimentos, inclusive com divergência entre seus próprios órgãos fracionários, destaca-se que alguns deles vêm adotando o segundo entendimento aqui exposto, e, assim, admitindo a instauração a partir de demandas ainda em primeiro grau de jurisdição. Por meio de recentes julgados, esta parece ser a inclinação dos tribunais superiores, os quais vêm concebendo a natureza objetiva dos instrumentos processuais ligados ao *microssistema de litigiosidade repetitiva*, no qual se encontram os recursos especiais e extraordinários repetitivos, o incidente de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência.

A partir da conclusão de que a jurisprudência, sobretudo dos tribunais superiores, caminha para a opção pela natureza objetiva do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pode-se refletir sobre quem poderá figurar como parte no incidente.

O Código de Processo Civil não trata de maneira clara sobre o tema. Há dúvidas, por exemplo, se as *partes* mencionadas pela lei no artigo 983 seriam as dos processos sobrestados ou as próprias partes do Incidente em si, e sobre quem seriam exatamente os *demaís interessados* a que faz menção. A redação do artigo 984 da Lei, por sua vez, parece transpor para o Incidente as bases do processo individual no qual houve sua instauração, de maneira que autor e réu do processo originário poderiam ser consideradas as próprias partes do Incidente.

Porém, tendo-se descartado a natureza subjetiva do incidente, de maneira que não haverá o julgamento da causa originária de forma conjunta ao incidente, não há razão para manutenção das partes daquela como sendo as próprias partes do procedimento.

Com essa configuração, corre-se o risco de um *litigante habitual*, com maiores recursos financeiros e conhecimento técnico, poder escolher uma determinada demanda em que o autor tenha apresentado fundamentação mais frágil para nela suscitar o incidente, de maneira a aumentar as chances de que o julgamento final lhe seja mais favorável.

Ademais, a indicação legislativa a respeito das partes difere completamente da configuração adotada pelo *procedimento-modelo* alemão, que serviu de inspiração para o

incidente, no qual, como visto, é nomeado um *líder* para os diversos autores e outro para o réu, os quais conduzirão os debates.

Como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas se destina à determinação da interpretação de um certo direito, partindo de casos concretos e a eles se destinando ao final, inevitavelmente as partes dos processos suspensos e que, portanto, contenham a mesma questão de direito controversa, terão interesse jurídico em participar da formação da decisão, já que serão diretamente afetados pela tese nele firmada no momento da resolução de suas demandas individuais e, assim, em seus direitos subjetivos.

Assim, tais partes poderão participar diretamente do incidente, se assim o desejarem e desde que comprovem possuir novos argumentos para contribuir para o debate acerca da questão de direito objeto do incidente.

Esta participação, contudo, por lógica, não será obrigatória, podendo, como já mencionado, ser solicitada ou não pela parte. Por isso não há como se defender que esta simples participação ocasional de algumas partes dos processos suspensos possa suprir o déficit de representação das demais ausentes, a fim de vinculá-las à decisão final do incidente. Tampouco há como afirmar que essas partes possam ser concebidas como representantes adequados, capazes de conduzir os debates em nome de todas as excluídas.

Dentro dessa lógica, entendemos que o representante adequado dos sujeitos ausentes (partes dos processos suspensos) necessariamente deve compor o posto de *parte* no incidente, tendo esse ampla oportunidade de participação, como, por exemplo, o tempo para a sustentação oral à que faz referência o artigo 984 do Código de Processo Civil. Sem tal equiparação, e sem o controle da adequação desse representante, o incidente restará inevitavelmente eivado de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio do devido processo legal.

Por isso, entendemos que, quando o artigo 983 do Código fala em “partes”, nela estão abrangidos os representantes adequados dos autores e réus dos processos repetitivos, o Ministério Público e, eventualmente, a Defensoria Pública; enquanto a expressão “demais interessados” está a se referir às partes dos processos sobrestados que requeiram sua participação direta no incidente e sejam admitidas.

Quanto aos termos “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (artigo 983, *caput*) e “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (artigo 983, parágrafo primeiro), entendemos que o legislador se refere à figura do *amicus curiae*.

A participação direta dos titulares do direito no processo, contudo, não pode ser considerada um elemento essencial do processo civil brasileiro, por sua ligação à dignidade da pessoa ou à democracia, sendo garantida apenas como um instrumento e na medida necessária para a adequada tutela dos direitos materiais envolvidos, devendo ser garantida nos limites em que colabora para essa finalidade e sempre sopesada com outros valores igualmente relevantes para o ordenamento.

Desta maneira, em alguns processos a representação mostrar-se-á como um meio mais adequado em relação à participação direta das partes, seja para a realização dos direitos materiais, seja para assegurar outros valores que o ordenamento repute proeminente, como a economia e a celeridade processual, sobretudo em um sistema processual sobrecarregado como o nosso.

A representação é uma expressão utilizada em diversos sentidos, conforme o contexto social, econômico, político ou histórico. É possível recorrer à representação política, estudada no âmbito da Ciência Política, no interior da qual o tema foi mais amplamente debatido, para melhor compreensão de seu significado.

Neste âmbito, Hanna Fenichel Pitkin chega a uma tipologia das concepções de representação política. A autora apresenta as teorias: da *representação por autorização prévia*; da *representação por responsabilização a posteriori (accountability view)*; da *representação descritiva*; da *representação simbólica*; da *representação descritiva*; e da *representação por atuação*, ou *atuar como um agente para alguém*.

Essas esboçam a forma como a representação pode ser concebida, mas quanto a seu conteúdo e forma de avaliação elas podem tender a considerar que o representante, já na função, é livre para agir e tomar decisões por si próprio ou que deve consultar os representados para toda e qualquer decisão que precise tomar. Esses dois extremos são conceituados, na Ciência Política, como *teoria da independência* e *teoria do mandato*, respectivamente.

Buscando uma conciliação entre as duas teorias, poder-se-ia afirmar que o representante precisaria tomar decisões e agir em nome do grupo, a fim de ser mais do que um mensageiro, mas, por outro lado, não poderia contrariar os anseios e interesses dos representados, sob pena de deixar de ser seu representante.

As divergências e o distanciamento entre representantes e representados são amplamente divulgadas no âmbito da Ciência Política, na qual autores apontam o fracasso da

democracia representativa. Mas o problema não reside na crença das potencialidades da democracia, e sim em uma grande deteriorização da confiança em relação às instituições representativas que deveriam efetivá-la.

Tais reflexões acerca da representação política precisam ser pensadas igualmente no que toca à representação processual. Ora, se o instituto da representação é fortemente criticado no meio político, exigindo reformulações de sua concepção e prática, o mesmo deve ser pensado quando de sua aplicação ao processo civil.

O processo representativo deve estar aberto à reestruturação de suas formas de participação nos debates públicos que vão subsidiar o convencimento do juízo, de maneira a prestar uma adequada tutela jurisdicional dos direitos materiais envolvidos e com respeito, claro, aos direitos fundamentais.

À semelhança do que ocorre no processo coletivo brasileiro, a representação que deve existir no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foge à lógica da substituição processual dos processos individuais.

Como visto, além do Código de Processo Civil não prever a representação das partes dos processos sobrestados e futuros que versem sobre a mesma questão de direito objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, não há qualquer previsão acerca do controle da adequação da representação processual pelo magistrado.

Tendo isso em vista, há necessidade de se buscar no direito estrangeiro a inspiração para o estabelecimento de balizas ao controle judicial da adequação da representação processual.

No ordenamento jurídico norte-americano, diferentemente do brasileiro, a iniciativa para o ajuizamento de ações coletivas é fornecida ao indivíduo, ao qual cabe a representação do grupo ausente que será afetado pela decisão judicial. Por esta razão, tanto leis quanto construções jurisprudenciais se incumbiram da tarefa de construir requisitos para que essa representação se desse de maneira adequada, a fim de resguardar o princípio do devido processo legal.

A primeira previsão do requisito da adequação da representação surgiu com a Regra 23, das *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1938, e recebeu diversas conceituações práticas pelos tribunais. A regra sofreu revisão em 1966, passando a especificar quatro pré-requisitos para o processamento de qualquer ação de classe: 1) a classe deve ser tão numerosa que a participação de todos os membros seja impraticável; 2) devem existir questões de fato ou de direito comuns a

toda a classe; 3) a reclamação ou defesa do representante deve ser típica daqueles da classe; 4) a justa e adequada proteção dos interesses da classe pelo representante.

Apesar da confusão acerca da função exata de cada um desses pré-requisito, formou-se um consenso judicial de que quatro elementos seriam necessários para a adequação da representação, os quais foram articulados pelo Segundo Circuito no caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*: 1) a ausência de conflito de interesse entre a parte e a classe; 2) a natureza representativa da reclamação individual da parte; 3) a habilidade e conhecimento do representante para levar adiante a reclamação da classe; 4) a competência do advogado do representante.

A interpretação de cada um desses conceitos, contudo, gerou uma série de divergências jurisprudenciais e doutrinárias. Não obstante, pode-se perceber que esses entendimentos possuem em comum o fato de buscarem proteger os direitos dos ausentes por meio da atuação auto-interessada do representante, divergindo somente na forma como isso será obtido. Ou seja, admite-se que a representação dos membros da classe será adequada, e seus interesses serão resguardados, na medida em que a busca desses estiver entrelaçada aos do representante. Atuando o indivíduo para se auto-beneficiar, acabaria, consequentemente, favorecendo os demais.

Esse raciocínio, como visto, está necessariamente imerso aos princípios que fundamentam o sistema jurídico norte-americano, e instiga maior reflexão quanto às suas distinções com o cenário brasileiro.

Uma primeira conclusão que se pode retirar da experiência norte-americana, e que parece ser válida igualmente frente ao nosso ordenamento, é a de que o princípio do devido processo legal impõe a condição de que ninguém possa ser prejudicado por uma decisão proferida em meio a uma ação da qual não teve a oportunidade de participar. Assim, se a participação direta (pessoal) não é viável, o sujeito precisa ao menos ter sido representado por meio de outro e de forma efetiva, ou seja, adequada.

Diante de tal conclusão, não há dúvidas acerca da necessidade da existência de um representante adequado das partes ausentes (dos processos sobrestados) no processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Dessa afirmação, contudo, surgem, naturalmente, indagações sobre quem poderá ser este representante no incidente, quais os critérios para a avaliação de sua adequação e quem poderá fazer este controle.

Parte da doutrina nacional vêm defendendo que a disposição do artigo 983 do Código de Processo Civil, que prevê a oitiva de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” e “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, estaria se referindo às partes dos processos sobrestados, admitidos como intervenientes, por meio desse dispositivo, na condição de *amicus curiae*, ou de que o *amicus* seria o representante dessas partes, dispensando sua participação direta.

Outros autores, no entanto, compreendem que a figura do *amicus* não poderia ser confundida com o das partes dos processos suspensos, tampouco com a de um representante dessas, com o que concordamos, justamente em razão do *interesse* que tradicionalmente se atribui ao *amicus curiae*, que não seria um *interesse jurídico* no sentido estrito do termo, mas apenas *institucional*, ou, no caso de pessoa física, outro interesse como econômico, político, religioso, social, acadêmico e cultural.

As partes dos processos sobrestados, por outro lado, possuem *interesse jurídico* na decisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pois, embora tenha-se aqui adotado o entendimento de que se trata de um procedimento objetivo, desvinculado, portanto, dos direitos subjetivos das partes do processo originário, serão aquelas afetadas em sua esfera jurídica pela tese adotada no incidente de maneira contundente. Cabe lembrar que não são raros os casos em que o deslinde final da causa depende direta e quase exclusivamente do sentido que se dê à questão de direito objeto do incidente

Ademais, o *amicus curiae* não possui intervenção obrigatória no Incidente. O que o Código de Processo Civil determina é a obrigatoriedade da permissão para a sua participação, desde que seja pertinente. Assim, por mais essa razão, entendemos que essa figura não possa ocupar a posição de representante dos ausentes, já que a participação desse, sim, é obrigatória para resguardar o devido processo legal.

Outra solução apresentada pela doutrina para o problema da representação adequada no Incidente é de utilização do rol de legitimados ativos para o ajuizamento de ações coletivas, existente na Lei 7.347/85 e na Lei 8.078/90. De acordo com ela, a *questão idêntica*, objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas consistiria exatamente na *questão prejudicial* que formaria os direitos individuais homogêneos, a serem tutelados pelas ações coletivas. Assim, o fato de o incidente estar restrito à análise de uma mesma *questão de direito* em nada afetaria a

legitimidade dos entes autorizados à tutela dos direitos individuais homogêneos, os quais poderiam perfeitamente representar as partes ausentes no incidente.

Não obstante concordemos quanto à proximidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com as ações coletivas (como exposto ao longo do primeiro capítulo deste trabalho) e quanto ao fato de que a representação dos ausentes no incidente assumiria papel ainda mais relevante em relação a essas, em razão da coisa julgada sobre questão ser *pro et contra* naquele, ou seja, poder prejudicar os excluídos, ao contrário do que ocorre com essas, nas quais a coisa julgada só pode atingi-los para os beneficiar (ao menos quanto a seus direitos individuais), não há como deixar de observar que a solução para a representação adequada apresentada possa conter alguma dificuldade.

Há fortes críticas da doutrina nacional a respeito da falta de representação adequada dos entes legitimados para a tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Os requisitos formais estabelecidos para as associações, por exemplo, de pré-constituição e funcionamento há pelo menos um ano, e que tenham incluída entre seus fins institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico", mostraram-se extremamente frágeis e insuficientes. Lembramos que os requisitos para a constituição de uma associação em nosso país são mínimos, bastando a união de vontade de duas pessoas, o que aponta para a possibilidade de que ela não represente os interesses sociais do grupo.

Ademais, não são incomuns as ações coletivas ajuizadas por entidades que não possuem comprometimento com a defesa dos interesses meta-individuais ou, mesmo, idoneidade técnica ou financeira para conduzir com êxito a demanda coletiva. Em muitos casos, essas entidades apresentariam estatutos sociais com objetivos de proteção demasiadamente amplos, abrangendo as mais diversas áreas, como consumidores, contribuintes, meio ambiente, patrimônio público, idosos, adolescentes, aposentados, dentre outros, sem demonstrar um mínimo de experiência na sua defesa, o que comprometeria sua legitimidade como representantes dos interesses coletivos em discussão.

Quanto aos demais legitimados, notadamente o Ministério Público e a Defensoria Pública, há o óbice do distanciamento desses entes com os reais problemas e interesses dos

grupos afetados pelo litígio, e o requerimento de soluções que nem sempre atendem a seus anseios.

Ora, a previsão abstrata da lei não concede garantia alguma de que o legitimado atue de maneira vigorosa durante todo o processo ou mesmo que detenha conhecimento técnico suficiente para a correta defesa dos interesses coletivos. No entanto, tal avaliação não passa pelo crivo do judiciário graças ao entendimento acerca da presunção legal de representação adequada dos legitimados ativos para as ações coletivas, o que evidencia um contra-senso do Direito nacional.

Assim, por todas as objeções feitas pela doutrina quanto à presunção de representação adequada dos legitimados para a o ajuizamento das ações coletivas acima descritas, corroboradas pelo esforço tecido pela jurisprudência em estender a apreciação do requisito da legitimidade ativa a fim de barrar ações precariamente ajuizadas e representadas, entendemos não ser recomendável a simples utilização desse rol de entes para ocupar a posição de representante dos ausentes no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Quanto às ações coletivas, os argumentos utilizados pela doutrina para se oporem ao controle judicial da representação adequada podem ser resumidos em quatro pontos: a) a desnecessidade de tal aferição; b) o fato de este controle já teria sido realizado pelo legislador; c) a incompatibilidade com a *tradição romano-germânica* do sistema processual nacional; d) e o perigo de amesquinamento e restrição do acesso à tutela coletiva.

A primeira objeção, quanto à desnecessidade do controle, centra-se nas idéias de que: a coisa julgada nas ações coletivas poderia apenas beneficiar os membros do grupo, nunca prejudicá-los; e de que o Ministério Público já realizaria esse encargo na condição de fiscal da lei. A primeira afirmação é descabida, uma vez que a coisa julgada inviabiliza a repropositura da ação coletiva, seja em relação a direitos difusos e coletivos, seja no tocante aos direitos individuais homogêneos, causando prejuízos de qualquer forma. O segundo porque confunde as atribuições do Ministério Público, de fiscalizar, e do magistrado, de decidir acerca da adequação, além de ignorar o fato daquele próprio ente ser um representante inadequado, o que deveria ser controlado pelo juiz.

Quanto à segunda objeção, cabe salientar que o fato de o Brasil prever em lei a legitimidade de alguns entes para ajuizar ações coletivas nada tem a ver com a atuação desse representante. E quanto à oposição a esse controle em razão de suposta incompatibilidade com a

tradição romano-germânica do sistema processual brasileiro, lembramos que o direito romano já se utilizava do controle judicial da representação adequada, não havendo razão para tal cogitação.

Por fim, quanto ao de risco à utilização das ações coletivas pela exigência de requisitos não previstos em lei, lembramos que a preocupação em relação ao controle da representação adequada de que suas condições, pautadas em cláusulas abertas, possam fornecer espaço ao arbítrio judicial não persiste. Esse risco é inerente ao ato de julgar e existe mesmo no âmbito de rígida legalidade. No atual estágio de nosso Direito, não há como se admitir que o representante haja de maneira imprudente e que o magistrado permaneça inerte, sem poder atuar por receio de abuso dos instrumentos processuais postos à sua disposição para a efetiva tutela dos direitos envolvidos.

Assim, defendemos que, mesmo sem previsão legal expressa, o magistrado tem o dever de avaliar a adequação da representação dos interesses do grupo em juízo. Não se trata somente de uma questão processual, mas sim constitucional, a fim de respeitar o devido processo legal, sem o qual não há a possibilidade de formação de coisa julgada em face dos ausentes.

Certos de que deve haver um representante adequado dos ausentes e de que a adequação dessa representação poderá ser feita pelo juiz, mesmo sem previsão legal, assim como ocorre com as ações coletivas, em razão da proteção ao princípio do devido processo legal, resta-nos definir quem, a nosso ver, poderá atuar como esse representante no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, quais os critérios para sua escolha e para a verificação de sua adequação.

A melhor solução que nos aparece, com inspiração no ordenamento jurídico norte-americano, é que o representante das partes dos processos sobrestados seja selecionado exatamente dentre uma dessas, ou seja, que o representante seja uma das pessoas físicas ou jurídicas parte em um dos processos repetitivos e que, assim, ocupe posição semelhante à dos representados em suas lides.

Em nosso entender, a parte de um dos processos sobrestado terá maior envolvimento emocional e maiores estímulos em buscar uma defesa vigorosa dos interesses dos ausentes. Estando o representante em uma posição análoga à dos representados, ao buscar sua própria defesa estará também atuando em favor dos representados.

Para a sua seleção e controle de sua adequação, propomos a utilização de dois filtros: a) um primeiro, direcionado à escolha dos melhores processos a subsidiar as discussões, valendo-nos da técnica de seleção dos recursos “representativos da controvérsia”, dos recursos especial e extraordinários repetitivos; e b) um segundo, de escolha dos líderes/representante dos autores e réus dos processos suspensos dentre esses processos selecionados, por meio da adoção de alguns critérios das *class actions* norte-americanas.

Quanto ao primeiro, utilizando-nos das regras pertencentes aos recursos repetitivos, entendemos que o relator do Incidente, logo que receber o pedido da distribuição, deva proceder à seleção de dois ou mais processos que contenham a mesma questão de direito repetitiva, que sejam representativos da controvérsia.

Para tanto, recomendamos os seguintes critérios de escolha: a *quantidade de argumentos* veiculados pelos litigantes: a) a *qualidade da argumentação* disposta nas peças dos autos; b) a *diversidade dos argumentos*, de maneira a abarcar não somente os diversos pontos de vista acerca da questão de direito, mas também provocar maior reflexão sobre os efeitos de sua decisão; c) a existência de *efetivo contraditório nos processos de origem*, por esse entendendo-se o processo em que tenha havido ampla discussão pelas partes acerca da questão de direito objeto do incidente; d) e, por fim, o critério complementar da *pluralidade de sujeitos* nos processos originários.

Também entendemos aconselhável que sejam escolhidos processos que objetivem a vitória de teses opostas e, caso já contenham decisões interlocutórias ou sentença, que essas forneçam soluções díspares para a mesma questão de direito, tudo a fim de que a análise da questão se dê da forma mais ampla possível pelo tribunal, abordando ambos os pontos de vista.

E, mesmo sendo o incidente suscitado em um único processo, por ter sido solicitado pela parte ou pela remessa de somente um processo pela instância inferior para afetação, entendemos prudente que o relator complemente a seleção, buscando outros que sejam “representativos da controvérsia”. Poderão esses estar pendentes de recurso no tribunal ou ainda em tramitação na primeira instância, já que não há restrição alguma nesse sentido pela lei. A decisão de afetação deve apresentar fundamentação específica, indicando as razões que levaram à escolha daqueles determinados processos.

Uma vez selecionados os processos representativos da controvérsia, deve o relator proceder à escolha de uma das partes desses para ser, ao lado de seu advogado, o representante dos ausentes.

Cremos que os parâmetros para a escolha dos representantes devem levar em conta o estímulo das partes escolhidas em buscar uma defesa vigorosa de sua posição, e assim o controle assíduo de todos os atos relacionados ao seu processo, inclusive os exercidos durante o incidente por seus procuradores. Somente desta forma estarão desempenhando seu papel de proteção dos interesses dos ausentes de maneira adequada.

Com inspiração nas *class actions* norte-americanas, criamos alguns critérios para auxiliar o relator na escolha da parte representante: a) a *capacidade financeira da parte*, de maneira que tenha condições de arcar com eventuais despesas adicionais que sua participação no incidente poderá ensejar; b) a *disposição da parte em ser representante*; c) o *grau do interesse da parte na causa*, neste poderá ser considerado o valor da causa, a natureza da causa envolvida, a importância da ação para a reputação ou para a continuidade das atividades da empresa autora, ou qualquer outro elemento que denote maior ligação da parte com sua demanda, fazendo-a se destacar das demais; d) a *conduta da parte em seu processo individual*.

O advogado da parte escolhida como representante terá um papel extremamente importante no incidente, já que ele e os demais procuradores quem efetivamente trarão aos autos as discussões jurídicas pertinentes. Por esta razão, o relator deve se certificar de que também ele esteja suficientemente motivado para a função, devendo avaliá-lo conjuntamente à parte candidata a representante.

Para tanto, inspiramo-nos na Regra 23 (g) (1) das *Federal Rules of Civil Procedure*, do Direito norte-americano, para criar os seguintes parâmetros que pudessem guiar o relator do incidente nessa escolha: a) a *experiência profissional do advogado*: podem ser avaliados o tempo de exercício da profissão, a experiência do profissional com processos complexos, envolvendo diversas partes, e a especialidade profissional do candidato na matéria jurídica em discussão; b) o *do direito aplicável* à questão, sendo examinado o conhecimento acadêmico do procurador; c) a *disponibilidade de tempo* do profissional para se dedicar ao incidente; d) os *recursos financeiros* do procurador, caso esteja patrocinando a causa; o *valor da causa individual*.

Entendemos que sejam cabíveis também as disposições da Regra 23 (g) (1) (B) e (C), do ordenamento norte-americano acima referido, determinando que o magistrado poderá considerar, ainda, qualquer outra questão pertinente à habilidade do advogado de representar justa e adequadamente os interesses dos ausentes. Assim como poderá o relator intimar os procuradores das partes, candidatas a representante, para que forneçam informações sobre qualquer assunto pertinente à nomeação, como as necessárias para averiguar os critérios de escolha por nós sugeridos.

Cabe observar também que a aferição da adequação do representante deve ser realizada pelo relator não somente no momento inicial, quando da distribuição do pedido de instauração a ele, mas também durante todo o procedimento. Não obstante a análise prévia seja importante, será especialmente durante o seu transcorrer, a partir da atuação efetiva do representante e de seu advogado, que as impressões iniciais do relator se confirmarão ou eventuais equívocos de sua escolha poderão se revelar.

Verificando a falta de adequação do representante, o relator deve, a qualquer momento, proceder a sua substituição, aplicando novamente os critérios aqui sugeridos para escolher outra parte a ocupar esta posição de liderança. Para isso, poderá o relator buscar novos processos representativos da controvérsia, caso não encontre um representante que se mostre adequado dentre as partes dos processos já selecionados.

Por fim, quanto ao papel do Ministério Público no incidente, compreendemos que tanto com relação à sua legitimidade para suscitar o incidente, quanto para participar de sua instrução e julgamento, sua intervenção terá como fundamento a “defesa da ordem jurídica”, conforme estabelece a Constituição Federal, e seu artigo 127, *caput*, e a lei 13.105/2015, nos artigos 176 e 178, *caput*.

Como visto, não aceitamos a posição de que o Ministério Público possa ser o representante adequado das partes ausentes pura e simplesmente em razão de suas funções institucionais. A única hipótese que vislumbramos é a de que uma ação coletiva seja selecionada como representativa da controvérsia e o órgão, enquanto autor daquela, seja eleito pelo relator como o melhor sujeito processual para a representação dos ausentes, em um caso específico, mas não que ele tenha esta incumbência em toda e qualquer ocasião e de forma automática, ao menos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Quanto à hipótese de abandono ou desistência prevista no artigo 976, parágrafos primeiro e segundo, além de entendermos que não se referem ao processo originário, a partir do qual se requereu o incidente, mas sim dos processos representativos da controvérsia selecionados pelo relator, cremos que o legislador não se preocupou com a representação das partes ausentes, entendendo que a simples assunção da condução dos trabalhos pelo Ministério Público já seria suficiente. Tal conclusão, a nosso ver, é eivada de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio do devido processo legal.

Assim, havendo desistência ou abandono, seja da ação individual selecionada para embasar as discussões como representativa da controvérsia pelo relator, seja da função de representante dos ausentes pela parte por ele eleita, entendemos que o relator deverá proceder a uma nova escolha do representante dentre as demais ações ou recursos já selecionados. E, caso não a encontre, proceder a uma nova triagem de processos representativos até localizar alguma parte que esteja em condições de se incumbir da tarefa. Prosseguir de modo contrário seria condenar o processo a um destino de fatal invalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório. In: *RePro*. n. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2015.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** — parte processual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução de causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: MACEDO, Lucas Buril et al. (Orgs.). **Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Coleção novo CPC — Doutrina Seleccionada. v. 6. Salvador: JusPodivm, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes.

Disponível em:

<http://www.academia.edu/214085/O_RECURSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES>. Acesso em 16.09.2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. Os terceiros e as decisões vinculantes do novo CPC. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/93954/2016_arenhart_sergio_terceiros_decisoes.pdf?sequence=1>. Acesso em 05.02.2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogéria (Orgs.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela de direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. **Código de Processo Civil Anotado**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas. In: DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coords.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPodivm, 2009.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações Jurídicas Homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 186/2010, ago. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. São Paulo: **Revista de Processo**, n. 82, abril/jun. 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: Lei n. 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. São Paulo: **Revista de Processo**, v.231, p. 201-223, mai. 2014.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. . rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 117, set/2004.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo Código de Processo Civil. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 243, p. 333-362, mai.2015.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil primeiras notas sistemáticas. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 192/2011, p. 397 - 415, fev. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 2015.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. São Paulo: **Revista de Processo**, v.218, p.65, abr. 2013.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 17, n. 66, abr/jun. 2009.

CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia — soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 159-174, jan-jun. 2010.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 72, out/dez 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA, Leonardo José da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. São Paulo: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 255-280, mar.2011.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. São Paulo: **Revista de Processo**, n. 77.

DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

DANTAS, Bruno. Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 251, p. 341-358, jan. 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 18. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 258, p. 257-278, ago. 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2016.

DOWNS, Howard M. Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of general telephone v. falcon. **Ohio State Law Journal**, v. 54, n. 3, 1993.

FERRASI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONTE, Felipe de Melo; CASTRO, Natália Goulart. *Amicus curiae*, repercussão geral e o projeto de código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* **Novas tendências do processo civil**. v. I. Salvador: JusPodivm, 2013.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 108, out./dez. 2002.

GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14. p. 52-66, abr/jun. 1995; **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 9, p. 285-305, out. 2011.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 98, v. 361, maio/jun. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. São Paulo: **Revista de Processo**, São Paulo, jan./mar.2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini, MEDES, Aluisio Gonçalves de Catro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law***: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HIRST, Paul. Representative Democracy and Its Limits. **The Political Quarterly**, vol. 59, n. 2, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Nova Cultural, 1997 [1651].

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAIA, Diogo campos Medina. **Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores** (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Comentários ao art. 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Coisa Julgada sobre Questão, Inclusive em Benefício de Terceiros. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 259/2016, p. 97-116, set. 2016.

_____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O “Problema” do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. São Paulo: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 249, ano 40, p. 399-419, nov. 2015.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio de Castro. A legitimação, a representação adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. São Paulo: São Paulo: **Revista de Processo**, v. 209, jul. 2012.

____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

____; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 211, set. 2012.

____; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do novo Código de Processo Civil. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 243, p. 283-331, mai. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. rd. rev. e atual — São paulo: Saraiva, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. São Paulo: **Revista de Processo** 61/187.

____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. Porto Alegre: **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul — Ajuris**, v. 10. n. 29, p.77-94, nov. 1983.

____. Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos ou difusos. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 39, jul.1985, versão digital.

MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. University of Texas School of Law. Austin: **The National Law Journal**, v. 57, n. 261, 2004.

NEGRÃO, Ricardo. **Ações Coletivas**: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Livraria e Ed. Universitária de Direito, 2004.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Do *amicus curiae*. Brasília: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. v. 16, n. 7, Brasília, 2004, p. 22/35.

NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; e outros (Orgs.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme Pares de. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas — uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Slavador: editora JusPodivm, 2014.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1984.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions**. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: JusPodivm, 2015.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS nº 166/2010. Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco — USP. São Paulo, 2010, mimeografiado.

ROSANVALON, Pierre. **La democracia inconclusa**. Traducción de Nicolás Suescún. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. [2000].

ROSSONI, Igor. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?. Disponível em: <https://www.academia.edu/271495/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demanda_repetitivas_e_a_introdu%C3%A7%C3%A3o_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avan%C3%A7o_ou_retrocesso>. Acesso em 23.01.2019.

SALGADO, Desiree Eneida. A representação política e sua mitologia. Curitiba: **Paraná Eleitoral**, v. I, n. I, p. 25-40.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Volume I — O debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994 [1987].

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Linhas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/17570697/2015_-_Linhas_fundamentais_do_novo_CPC_brasileiro>. Acessado em 19.01.2019.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v. 34, n. 1, 1984.

TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. São Paulo: **Revista de Processo**, ano 36, v. 197, p. 271-294, jul. 2011

TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 241, p. 337-358, mar.2015.

_____. Repercussão geral no recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. São Paulo: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 54, set. 2007.

TAVARES. Osvaldo Hamilton. *CVM como amicus curiae*. Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2014_acvm.pdf>. Acesso em 19/01.2019.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giulin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 191, p. 161-185, jan. 2011.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: Fundamentos e Sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. Austin: **Texas Law Review**, v. 87, 2009

VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. Genesis. Curitiba: **Revista de Direito Processual Civil**, nº 04, janeiro/abril de 1997.

_____. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re)tomando a sério a intervenção custos legis do Ministério Público no novo Código de Processo Civil brasileiro. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 246, p. 113-145, ago. 2015.

_____. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O Problema da “Representação Processual” das Associações Civil na Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos Segundo a Doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a Atual Orientação do STF. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 41, n. 255, p. 277-290, maio. 2016.

VIGILIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MANDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIOLIN, Jordão. **Ação Coletiva Passiva**: fundamentos e perfis. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no Direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WOLKART, Erik Navarro. **Mecanismos de objetivação do processo**. 242 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) — Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP. São Paulo, 2011